



December 6, 2007 / Le 6 décembre 2007

The Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations has the honour to present its

Le Comité mixte permanent d'examen de la réglementation a l'honneur de présenter son

SECOND REPORT

(Report No. 80 – Incorporation by Reference)

DEUXIÈME RAPPORT

(Rapport n° 80 – Incorporation par renvoi)

1. Pursuant to its permanent reference, section 19 of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C. 1985, c.S-22, and the order of reference approved by the Senate on November 20, 2007 by the House of Commons on November 21, 2007, the Joint Committee wishes to draw the attention of the Houses to its views on certain issues relating to the incorporation by reference of external materials into regulations.

2. When Parliament confers a power to make regulations, the regulation-maker usually exercises this power by drafting the text of the regulation to be enacted. The regulation-maker may also decide that the contents of an existing document are what should be used in the regulation it intends to enact. One way to make the contents of such a document part of the text of the regulation would be to reproduce it word for word in the regulation. Alternatively, the regulation-maker can simply refer to the title of the document in the regulation. The contents of the document will then be said to be

1. Conformément à son ordre de renvoi permanent, l'article 19 de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, ch. S-22, et à l'ordre de renvoi approuvé par le Sénat le 20 novembre 2007 et par la Chambre des communes le 21 novembre 2007, le Comité mixte souhaite attirer l'attention des Chambres sur son avis concernant certaines questions relatives à l'incorporation par renvoi de documents externes dans les règlements.

2. Lorsque le Parlement confère un pouvoir réglementaire, l'autorité réglementante exerce généralement ce pouvoir en rédigeant elle-même le texte du règlement requis. Celle-ci peut aussi décider d'utiliser dans le règlement le contenu d'un document qui existe déjà. Elle a alors le choix d'intégrer le contenu du document en le reproduisant intégralement dans le règlement ou en faisant simplement renvoi au titre du document dans le règlement. Dans ce dernier cas, le contenu du document est alors « incorporé par renvoi » au règlement. La conséquence juridique de l'incorporation par renvoi est que le libellé

“incorporated by reference”. The legal effect of incorporation by reference is to write the words of the incorporated document into the regulation just as if it had actually been reproduced word for word. The incorporation by reference of an existing document is no more than a drafting technique, and a regulation-maker need not be granted any specific power in order to resort to this technique. This is referred to as “closed” or “static” incorporation by reference.

3. There are many examples of the use of the technique of incorporation by reference throughout federal regulations. For instance, section 6.6(1) of the *Aviation Occupational Safety and Health Regulations* provides that

6.6 (1) Where there is a hazard of a foot injury on an aircraft, protective footwear that meets the standards set out in CSA Standard Z195-M1984, *Protective Footwear*, the English version of which is dated March, 1984 and the French version of which is dated December, 1984, shall be used.

This section provides for the incorporation by reference of the relevant material as it exists at the time it is made part of the regulation. In other words, if the material is amended after its incorporation, the amendment will not be automatically incorporated. A regulation-making authority wishing to adopt a subsequent amendment to the referentially incorporated material will

du document incorporé est intégré au règlement comme s’il y avait été reproduit intégralement. L’incorporation par renvoi d’un document existant n’est rien de plus qu’une technique de rédaction, et l’autorité réglementante peut utiliser cette technique sans y être autorisée par un pouvoir particulier. Ce type d’incorporation par renvoi est alors qualifié de « figé » ou « statique ».

3. Les règlements fédéraux regorgent d’exemples de recours à la technique de l’incorporation par renvoi. Notamment, le paragraphe 6.6(1) du *Règlement sur la sécurité et la santé au travail (aéronefs)* prévoit ce qui suit :

6.6 (1) Lorsqu’il y a risque de blessures aux pieds à bord d’un aéronef, les personnes s’y trouvant doivent porter des chaussures de sécurité conformes à la norme Z195-M1984 de l’ACNOR intitulée *Chaussures de protection*, dont la version française a été publiée en décembre 1984 et la version anglaise, en mars 1984.

Ce paragraphe prévoit l’incorporation par renvoi du document pertinent dans sa version à la date où il est intégré au règlement. Autrement dit, les modifications subséquentes apportées au document incorporé par renvoi ne seront pas automatiquement intégrées au règlement. L’autorité réglementante qui souhaite adopter une modification subséquente au document incorporé par renvoi aura à

have to amend the incorporating regulation.

4. An enabling provision may also confer on a regulation-making authority the power to incorporate by reference future amendments to existing material. One way in which this can be achieved is by drafting the enabling provision in a manner that confers a broader power. For example, if the regulation-making authority is given a power to “prescribe” or “fix” safety standards for the transportation of dangerous goods, subsequent amendments to the material originally incorporated will have to be included in the incorporating regulation by way of amendments to the regulation. On the other hand, a power to make regulations “respecting” safety standards for the transportation of dangerous goods is broader, and a regulation providing that it includes future amendments to the incorporated document could be considered to be a regulation “respecting” such standards. A second way to confer this wider power is to specifically provide in the enabling statute that regulations may be made incorporating material “as amended from time to time” (referred to as an “open”, “ambulatory”, “dynamic” or “rolling” incorporation by reference). In both cases, once material is incorporated “as amended from time to time”, any change to the incorporated material will automatically become part of the incorporating regulation.

modifier le règlement qui y fait renvoi.

4. La disposition habilitante peut aussi conférer à l'autorité réglementante le pouvoir d'incorporer par renvoi les modifications subséquentes apportées au document existant. À cette fin, le libellé de la disposition habilitante peut être formulé de manière à conférer un pouvoir plus large. À titre d'exemple, si l'autorité réglementante se voit accorder le pouvoir de « prévoir » ou d'« établir » des normes de sécurité pour le transport des marchandises dangereuses, les modifications subséquentes apportées au document incorporé devront être intégrées au règlement qui y fait renvoi au moyen de la modification du règlement. En revanche, le pouvoir de prendre des règlements « concernant » les normes de sécurité applicables au transport des marchandises dangereuses est plus large, et un règlement prévoyant l'intégration des modifications subséquentes apportées au document incorporé par renvoi pourrait être considéré comme un règlement « concernant » de telles normes. Une autre façon de conférer ce pouvoir plus large est de prévoir expressément dans la loi habilitante que les règlements peuvent incorporer par renvoi un document externe « avec ses modifications successives » (appelé incorporation par renvoi « évolutif » ou « dynamique »). Dans les deux cas, une fois que le document est incorporé « avec ses modifications successives », toute modification subséquentes apportée au document sera automatiquement intégrée au règlement qui y fait renvoi.

5. It has always been the position of the Joint Committee that, absent an express grant of authority or a clear indication to the contrary in the enabling statute, the incorporation by reference of external material is proper only where a fixed text is incorporated, as opposed to a text “as amended from time to time”. In its Second Report (Statutory Instruments No.1, Second Session, Thirtieth Parliament, 1977), the Joint Committee advised both Houses of Parliament that

The incorporation into statutory instruments of external documents ... is acceptable provided a fixed text is incorporated and not a text as amended from time to time by an outside body. The Committee insists that any such amendment be considered by Parliament’s delegate and, if thought desirable, incorporated by positive amendment to the statutory instrument into which the original standard, document and so on was incorporated. To allow automatic amendment is to permit someone other than Parliament’s delegate to make subordinate legislation and to acquiesce in the amendment of a statutory instrument, and hence the making of a new statutory instrument, outside the procedures prescribed by the Statutory Instruments Act.

5. Le Comité mixte a toujours été d’avis qu’en l’absence d’une délégation expresse de pouvoir ou d’indication claire du contraire dans la loi habilitante, l’incorporation par renvoi d’un document externe est justifiée seulement lorsque c’est la version à une date donnée du document qui est incorporée, par opposition à la version « avec ses modifications successives ». Dans son Deuxième Rapport (Textes réglementaires No. 1, Deuxième session de la trentième législature, 1977), le Comité mixte informait les deux Chambres du Parlement que :

Il est justifié d’incorporer aux textes réglementaires des documents externes [...] dans la mesure où le document ainsi incorporé est fixe et ne peut pas être modifié de temps à autre par un organisme extérieur. Le Comité insiste pour que de telles modifications soient étudiées par le délégué du Parlement et incorporées, s’il est jugé souhaitable de les faire, par une modification du texte réglementaire dans lequel la norme, la pièce ou le document, originaux ont été incorporés. Autoriser l’implantation d’un système automatique de modification équivaldrait à permettre à une personne autre que le délégué du Parlement d’établir des mesures législatives subordonnées et d’approuver la modification d’un texte réglementaire et, par le fait même, l’établissement d’un nouveau texte réglementaire, sans se soumettre aux procédures prescrites

dans la *Loi sur les textes réglementaires*.

Where subordinate legislation by incorporating or referring to external documents occurs, the Committee calls for the incorporation of a reference to a fixed text or for an undertaking that no amendment to the external document will be regarded as incorporated into the statutory instrument which contains the subordinate legislation, any amendment which it is desired to include in the statutory instrument being the subject of specific amending action.

Dans le cas d'incorporation par renvoi d'un document externe à une mesure législative subordonnée le Comité demande instamment qu'on s'engage à ajouter un renvoi à un texte déterminé ou à ce qu'aucune modification dudit document ne soit considérée comme faisant partie intégrante du texte réglementaire contenant la mesure législative subordonnée, toute nouvelle modification qu'on désire incorporer à un texte réglementaire devant faire l'objet de nouvelles procédures.

6. The foregoing represents the view adopted by the Joint Committee since its inception over thirty years ago. It is rooted in the rule against subdelegation (often stated by the Latin maxim *delegatus non potest delegare* – “a delegate cannot delegate”), which reflects the legal principle that a person to whom a power to legislate has been delegated may not redelegate that power to someone else unless clearly authorized to do so by law. In relation to regulations, this means that a given authority, whether it be the Governor in Council or a minister, board, commission or some other authority, that is empowered by statute to make regulations must not, in the absence of a clear grant of power to do so, purport to authorize another person or body to act in its stead. This is intended to protect the legislator's choice as to who is to exercise the delegated power. It has always been the view of the Committee that the incorporation by reference of external

6. Les propos précédents représentent le point de vue adopté par le Comité mixte depuis sa création il y a plus de trente ans. Ils s'inspirent de la règle interdisant la subdélégation (souvent énoncée par la maxime latine *delegatus non potest delegare* : « le délégué ne peut pas déléguer à son tour »), qui correspond au principe juridique selon lequel la personne à qui un pouvoir législatif a été délégué ne peut à son tour le déléguer à un tiers, sauf si la loi l'y autorise clairement. Dans le contexte des règlements, cela signifie que l'autorité – qu'il s'agisse du gouverneur en conseil, d'un ministre, d'un office, d'une commission ou d'un autre organisme – à qui la loi confère le pouvoir de prendre des règlements ne peut pas, en l'absence d'une habilitation claire, en déléguer l'exercice à une autre personne ou à un autre organisme. Cela vise à protéger le choix du législateur quant à la personne ou l'organisme qui exercera le pouvoir délégué. La position du Comité a toujours été que l'incorporation par renvoi

material into regulations “as amended from time to time” amounts to a subdelegation of regulation-making power, in that it will be the body amending the incorporated material, and not the authority on whom the power to make the regulations has been conferred, that will determine the content of the regulations.

7. The position of the Joint Committee in this regard simply reflects the longstanding, widely held view of the technique of incorporation by reference in the context of subdelegation. For example, in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd edition, p.73), Professor Pierre-André Côté concludes that “Application of the maxim *delegatus non potest delegare* to regulations may lead to a finding that they are *ultra vires* where, lacking an express enabling provision, an ambulatory reference is made to a[n] ... enactment from another authority.” Dussault and Borgeat (*Administrative Law: A Treatise*, 2nd edition, volume 1, pp.419-420) also recognize that “ambulatory” or “open” incorporation by reference may involve a subdelegation of authority:

To permit the contrary [the incorporation by reference of provisions as amended from time to time] would be to consent to a form of implicit subdelegation. Indeed, by making a reference which would include future amendments to a text to which one refers, it would be impossible for the regulation-making authority to know what norms would result from the

d’un document externe « avec ses modifications successives » dans un règlement équivaut à une subdélégation du pouvoir réglementaire, étant donné que ce sera l’organisme modifiant le document incorporé, et non le titulaire du pouvoir réglementaire, qui déterminera le contenu du règlement.

7. La position du Comité mixte à ce sujet correspond en fait à l’opinion largement répandue depuis longtemps sur la technique de l’incorporation par renvoi dans le contexte de la subdélégation. Par exemple, dans son ouvrage *Interprétation des lois* (2^e édition, p.79-80), le professeur Pierre-André Côté conclut que « L’application aux règlements de la maxime *delegatus non potest delegare* pourrait conduire à juger invalide un règlement qui, en l’absence d’habilitation expresse, fait un renvoi évolutif à un texte [...] qui relève d’une autre autorité. » Dussault et Borgeat (*Traité de droit administratif*, 2^e édition, volume 1, p. 536) reconnaissent eux aussi que l’incorporation par renvoi à caractère dynamique ou évolutif peut opérer une subdélégation de pouvoirs :

Permettre le contraire [l’incorporation par renvoi de dispositions avec leurs modifications successives] serait consentir à une forme de sous-délégation implicite. En effet, en faisant un renvoi où l’on voudrait inclure les modifications futures du texte auquel on se réfère, l’autorité réglementante serait dans l’impossibilité de savoir quelles normes résulteraient de l’exercice de

exercise of its regulation-making authority, and, consequently, it would be surrendering its regulatory power to a third party.

The authors go on to point out that this restriction on referential incorporation in regulations “is the main hurdle to an obviously useful drafting technique. To be perfectly confident about its legality, this technique thus requires the regulation-making authority employing it to closely examine amendments made to the provision it incorporates in order to continuously adjust the terms of its own instrument.” [Emphasis added] Similarly, Paul Salembier (*Regulatory Law and Practice in Canada*, p.258) notes:

Where a dynamic incorporation by reference is used, however, the regulation-making authority has no idea what changes the authors of the incorporated document might decide to bring to it, and it therefore subdelegates the future evolution of the rule to the author of the incorporated document.

Pearce and Argument (*Delegated Legislation in Australia*, 2nd edition, pp. 279-280) put the issue in the following terms:

[T]he inclusion in delegated legislation of requirements stipulated by another organization means that the other organization is, in effect, stating the law on the topic. This may not be so if the

son pouvoir réglementaire et, ce faisant, elle abandonnerait son pouvoir de réglementation aux mains d’un tiers.

Les auteurs soulignent que cette restriction à laquelle est soumise l’incorporation par renvoi dans les règlements « constitue l’inconvénient majeur d’un procédé rédactionnel dont l’utilité est par ailleurs évidente. Pour être parfaitement sécuritaire sur le plan de la légalité, cette technique oblige donc l’autorité réglementante qui s’en sert à surveiller de très près les modifications apportées au texte auquel elle renvoie pour ajuster constamment son propre texte réglementaire ». [Non souligné dans l’original.] De même, Paul Salembier (*Regulatory Law and Practice in Canada*, p. 258) mentionne que :

[traduction] Toutefois, lors d’une incorporation par renvoi à caractère dynamique, l’autorité réglementante ne sait pas quelles modifications l’auteur du document incorporé pourra y apporter, et elle subdélègue alors l’évolution éventuelle de la règle à l’auteur du document incorporé.

Pearce et Argument (*Delegated Legislation in Australia*, 2^e édition, p. 279-280) présentent la question ainsi :

[traduction] Dans la pratique, l’intégration d’exigences fixées par un autre organisme dans la législation déléguée signifie que cet organisme légifère sur le sujet. Ce n’est cependant pas le cas si

incorporation is of a document as in force at a particular time. But if the incorporation is of the document as in force from time to time, this enables the organization writing the document to determine the content of the delegated legislation.

8. The Joint Committee is in full agreement with the commentators quoted above. Since when external materials are incorporated by reference into regulations the incorporated material becomes part of the regulations, to allow automatic incorporation of future amendments to the incorporated document (by incorporating it “as amended from time to time”) is to allow someone other than Parliament's delegate to make subordinate legislation. In effect, the power to make the subordinate legislation will have been subdelegated.

9. While there was a time when departments and agencies of the federal government also accepted this view, it is now asserted by regulation-making authorities that incorporation by reference of material “as amended from time to time” is acceptable even in the absence of clear authority. Apparently, the current position adopted by the Department of Justice is that open incorporation by reference involves no element of subdelegation of legislative powers. This conclusion seems to be drawn chiefly from an analysis of certain decisions of the Supreme Court of Canada concerning the “inter-delegation” of powers between the federal and

l'incorporation concerne la version à une date donnée d'un document. Par contre, s'il s'agit de l'incorporation d'un document avec ses modifications successives, cela permet à l'organisme auteur du document de déterminer la teneur de la législation déléguée.

8. Le Comité mixte est entièrement d'accord avec les auteurs cités ci-dessus. Étant donné que tout document externe incorporé par renvoi dans un règlement fait partie du règlement, le fait d'autoriser l'incorporation automatique des modifications subséquentes apportées au document externe (en incorporant celui-ci « avec ses modifications successives ») équivaut à permettre à une personne autre que le délégué du Parlement de prendre des textes de législation déléguée. En réalité, le pouvoir de prendre des textes de législation déléguée aura été subdélégué.

9. Même si, à une époque donnée, les ministères et organismes du gouvernement fédéral adhéraient eux aussi à ce point de vue, les autorités réglementantes affirment maintenant que l'incorporation par renvoi d'un document « avec ses modifications successives » est acceptable, même en l'absence d'une habilitation claire. Il semblerait que la position actuelle du ministère de la Justice est que l'incorporation par renvoi à caractère évolutif ne comporte aucun élément de subdélégation de pouvoirs législatifs. Cette conclusion semble être principalement fondée sur une analyse de certains arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur l'« interdélégation » de pouvoirs entre les

provincial governments and concerning constitutional language requirements. For the reasons discussed below, however, it is clear that the simple transposition of constitutional law principles clothed in language of delegation to administrative law confuses and obscures the issue.

10. The Canadian constitution divides legislative powers between the Parliament of Canada and the provincial legislatures. Each level may only exercise those legislative powers assigned to it. As used in constitutional law, “delegation” refers to the delegation of federal power to the provinces, or of provincial power to the federal level of government. This is often termed “inter-delegation”. Such a delegation of legislative power has been held by the courts to be unconstitutional on the ground that it disturbs the allocation of powers between the federal and provincial governments (*Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31.).

11. While there is clearly no objection to Parliament referentially incorporating a law of a province, or vice versa, as that law exists at a particular time, the argument has been raised that in such circumstances the open incorporation of a law “as amended from time to time” amounts to a violation of the constitutional principle against delegation. This view was rejected by the Supreme Court of Canada in *Coughlin v. Ontario*

gouvernements fédéral et provinciaux ainsi que sur les exigences linguistiques constitutionnelles. Pour les raisons mentionnées ci-après, toutefois, il est évident que la simple transposition de principes de droit constitutionnel – formulés dans des termes propres à la délégation de pouvoirs – au droit administratif sème la confusion et brouille la question.

10. La constitution du Canada divise les pouvoirs législatifs entre le Parlement du Canada et les assemblées législatives provinciales. Chaque ordre de gouvernement peut exercer uniquement les pouvoirs qui lui ont été attribués. Dans le contexte du droit constitutionnel, le terme « délégation » s’entend de la délégation de pouvoirs fédéraux aux provinces ou de la délégation de pouvoirs provinciaux au gouvernement fédéral. Cette notion est souvent appelée « interdélégation ». Une telle délégation de pouvoirs législatifs a été jugée inconstitutionnelle par les tribunaux au motif qu’elle altère la division des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux. (*Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31).

11. Même s’il n’y a évidemment aucune objection à ce que le Parlement incorpore par renvoi une loi d’une province, ou vice versa, dans sa version à une date donnée, on a soulevé l’argument que l’incorporation par renvoi évolutif d’une loi « avec ses modifications successives » équivaut à une violation du principe constitutionnel interdisant la délégation de pouvoirs législatifs. Ce point de vue a été rejeté par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt

Highway Transport Board, [1968] S.C.R. 569, in which it was held that federal legislation incorporating provincial legislation as amended from time to time did not constitute a delegation of federal legislative power.

12. There were two bases for the decision of the Supreme Court in *Coughlin*. First, it was noted that the federal law in question incorporated legislation validly enacted by the province for its own purposes pursuant to the powers constitutionally allocated to it. From this, it was concluded that the province, having been given no legislative powers it did not already possess, could not be said to have been acting as a delegate in making the referentially incorporated legislation. In short, the incorporated provincial legislation had a valid purpose independent of the federal legislation. Second, since the federal Parliament was free to amend or revoke the incorporation by reference at any time, it could not be said that Parliament had surrendered its jurisdiction to the province. As the open incorporation of provincial legislation involved neither the acquisition of new jurisdiction by the province nor the surrender of federal jurisdiction to the province, there could be no question of the delegation of legislative powers.

13. *Coughlin*, and the subsequent cases in which it has been affirmed, address the question of the extent to which open incorporation by reference by one level of government of the legislation of the other is constitutionally permissible. From these

Coughlin v. Ontario Highway Transport Board, [1968] R.C.S. 569, dans lequel la Cour a statué qu'une loi fédérale qui incorporait une loi provinciale avec ses modifications successives n'opérait pas de délégation de pouvoirs législatifs fédéraux.

12. La décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Coughlin* repose sur deux fondements. D'abord, la Cour a souligné que la loi fédérale en cause incorporait légitimement une loi édictée par la province à ses propres fins en vertu des pouvoirs constitutionnels qui lui avaient été attribués. En conséquence, elle a conclu que la province, n'ayant reçu aucun pouvoir législatif qu'elle ne possédait pas déjà, ne pouvait être considérée comme un délégataire au moment où elle avait édicté la loi incorporée par renvoi. En bref, la loi provinciale incorporée par renvoi visait un objet valide, indépendant de celui de la loi fédérale. En second lieu, puisque le Parlement du Canada était libre de modifier ou d'abroger à son gré l'incorporation par renvoi, on ne pouvait pas dire qu'il avait abdiqué sa compétence en faveur de la province. Comme l'incorporation par renvoi évolutif d'une loi provinciale ne comportait ni l'acquisition de nouveaux pouvoirs par la province, ni l'abdication de la compétence fédérale au profit de la province, il ne pouvait s'agir de délégation de pouvoirs législatifs.

13. L'arrêt *Coughlin*, ainsi que les jugements subséquents qui l'ont confirmé, portent sur la question de savoir dans quelle mesure l'incorporation par renvoi évolutif des lois d'un ordre de gouvernement par l'autre est constitutionnellement permise. C'est en se

cases, however, the Department of Justice apparently reached the conclusion that the referential incorporation in regulations of external material “as amended from time to time” can never be said to constitute a subdelegation of the legislative power conferred by the enabling statute. It is this simplistic transfer of a principle of constitutional interpretation to the area of administrative law that the Committee finds to be inappropriate and misleading.

14. The term “delegation” as it is used in the context of constitutional law addresses different questions than the term “subdelegation” in the context of administrative law. The overall concern in the constitutional cases is whether the constitutional allocation of jurisdiction has been respected. The acquisition by a province of jurisdiction not assigned to it under the constitution, or the surrender by the federal Parliament of jurisdiction assigned to it by the constitution, would indicate a failure to abide by the constitutional allocation of powers. The courts have concluded that open referential incorporation of the legislation of one level of government by the other does not offend this allocation of powers because it entails neither the acquisition of new powers nor the abdication of jurisdiction.

15. The Department of Justice is now evidently of the belief that the incorporation by reference into regulations of external documents “as amended from time to time” should be seen to be legitimate notwithstanding the

fondant sur ces précédents, toutefois, que le ministère de la Justice est apparemment arrivé à la conclusion que l’incorporation par renvoi de documents externes « avec leurs modifications successives » dans les règlements ne peut jamais être considérée comme une subdélégation du pouvoir législatif conféré par la loi habilitante. Il s’agit là d’une transposition simpliste d’un principe d’interprétation constitutionnelle au domaine du droit administratif, que le Comité juge inappropriée et trompeuse.

14. Le terme « délégation » utilisé dans le contexte du droit constitutionnel ne vise pas les mêmes questions que le terme « subdélégation » employé dans le contexte du droit administratif. Dans les instances de nature constitutionnelle, la préoccupation dominante est de savoir si le partage constitutionnel des pouvoirs a été observé. L’acquisition par une province de pouvoirs qui ne lui ont pas été attribués par la constitution, ou l’abdication par le Parlement de certains des pouvoirs conférés par la constitution, dénoterait un refus d’observer le partage constitutionnel des pouvoirs. Les tribunaux ont conclu que l’incorporation par renvoi évolutif des lois d’un ordre de gouvernement par l’autre ne porte pas atteinte à ce partage des pouvoirs parce qu’elle ne comporte ni l’acquisition de nouveaux pouvoirs, ni l’abdication de compétences.

15. À l’heure actuelle, le ministère de la Justice croit manifestement que l’incorporation par renvoi de documents externes « avec leurs modifications successives » dans les règlements devrait être considérée comme légitime, malgré

absence of clear authority in the enabling legislation, there being no principle in law to the effect that to incorporate legislation as it exists from time to time constitutes a subdelegation. Based on the constitutional inter-delegation cases, it is claimed that whether or not there is subdelegation depends on whether the authority to make the incorporated material is inherent in the jurisdiction of the legislative body making it or in the legislative body which enacted the incorporating legislation. As explained above, such a test has been posited in relation to the principle that Parliament may not delegate its legislative powers to the provinces and *vice versa*. It is for the purpose of determining whether there has been such a delegation.

16. The notion of “subdelegation” in the realm of administrative law is entirely distinct from constitutional principles dealing with the inter-delegation of powers between the federal and provincial levels of government. The mere linguistic similarity between the two terms should not be allowed to obscure the distinction. As is observed in John Mark Keyes’ *Executive Legislation* (p.284):

[O]ne cannot assume that cases recognizing the constitutional authority of parliamentary bodies to legislate by reference to legislation from other jurisdictions define the scope for ambulatory incorporation by reference in executive legislation. These cases balance the constitutional divisions of legislative authority against the exigencies

l’absence d’une autorisation claire dans la loi habilitante, parce qu’il n’existe aucun principe de droit qui prévoit que l’incorporation par renvoi d’un texte législatif avec ses modifications successives constitue une subdélégation. Compte tenu des précédents constitutionnels en matière d’interdélégation, on prétend que, pour déterminer s’il y a subdélégation, il faut savoir si le pouvoir de prendre le texte incorporé est inhérent à la compétence du corps législatif qui le prend ou à celle du corps législatif qui y fait renvoi. Comme il est expliqué plus haut, un tel critère a été établi à partir du principe que le Parlement ne peut déléguer ses pouvoirs législatifs aux provinces et vice versa. Il sert à déterminer si une telle délégation est intervenue.

16. La notion de « subdélégation » dans le contexte du droit administratif est tout à fait distincte des principes constitutionnels visant l’interdélégation de pouvoirs entre les ordres de gouvernement fédéral et provinciaux. Il ne faudrait pas laisser la simple ressemblance linguistique des deux termes brouiller la distinction. Comme le fait remarquer John Mark Keyes dans son ouvrage *Executive Legislation*, à la page 284 :

[traduction] On ne peut présumer que les précédents qui reconnaissent le pouvoir constitutionnel des organes parlementaires de légiférer par renvoi aux lois d’une autre autorité définissent la portée de l’incorporation par renvoi dynamique dans la législation déléguée. Ces précédents pondèrent le partage constitutionnel des pouvoirs

involved in regulating matters that cut across these divisions. They respond to arguments about limits on the ability of parliamentary bodies to delegate authority to other parliamentary institutions. They cannot apply in precisely the same way to executive delegates....

législatifs et les exigences propres à la réglementation des matières qui chevauchent les limites établies par ce partage. Ils répondent aux arguments concernant les limites auxquelles sont assujettis les organes parlementaires lors de la délégation de pouvoirs à d'autres institutions parlementaires. Ils ne peuvent pas s'appliquer exactement de la même façon aux délégués de l'Exécutif [...]

In the context of subordinate legislation, the notion of subdelegation is concerned with the relationship between the delegate possessing regulation-making powers and the authority that has delegated these powers. A delegate can only possess those powers conferred on it by the delegator. At the same time, there can be no doubt that a delegator may confer on its delegate the power to in turn subdelegate the power to someone else. The question to be answered in each individual instance is whether there has in fact been a conferral of such a power. Issues of subdelegation are merely aspects of the broad question of whether a delegate is acting within the scope of the delegate's authority. The question is not whether the incorporation of external material "as amended from time to time" is constitutionally permissible, but rather whether the power to make such an incorporation by reference has been conferred on a delegate in a particular instance.

Dans le contexte de la législation déléguée, la notion de subdélégation vise le rapport entre le délégataire qui est titulaire des pouvoirs réglementaires et l'autorité qui lui a délégué ces pouvoirs. Le délégataire ne dispose que des pouvoirs conférés par le délégant. En même temps, il ne fait aucun doute que le délégant peut conférer au délégataire le pouvoir de déléguer à son tour des pouvoirs à un tiers. La question qui se pose dans chaque cas particulier est celle de savoir si un tel pouvoir a effectivement été conféré. Les questions de subdélégation sont simplement des facettes de la grande question de savoir si le délégataire agit dans les limites de ses pouvoirs. Il ne s'agit pas de savoir si l'incorporation de documents externes « avec leurs modifications successives » est permise sur le plan constitutionnel, mais plutôt de savoir si le pouvoir d'effectuer une telle incorporation par renvoi a bel et bien été conféré au délégataire dans un cas particulier.

17. It is self-evident that, subject to any constitutional limitations, Parliament may pass any law it wishes. Where

17. Bien entendu, le Parlement peut, sous réserve des limites imposées par la constitution, adopter toute loi à son gré.

Parliament passes legislation embodying an incorporation by reference, there can be no question of “subdelegation”, that is the further delegation by a delegate of powers conferred on that delegate, since Parliament cannot be said to be a delegate in the first place. The situation is therefore quite different with respect to regulations. Firstly, since regulations are delegated legislation, the power of a regulation-making authority is restricted by the terms of the conferral of authority in the parent statute. Secondly, the application of the maxim *delegatus non potest delegare* means that absent a clear indication to the contrary, regulation-making powers must be exercised by the authority on whom they have been conferred by the parent statute and may not be delegated, either formally or in effect, to some other body. To conclude that open incorporation by reference by regulation cannot constitute subdelegation because the regulation maker remains free to revoke the incorporating regulation would render the entire notion of subdelegation nugatory. Since a regulation may always be amended, the same argument would be applicable to any provision whatsoever, making subdelegation an impossibility. In addition to resting on a misapplication of principles derived from constitutional cases dealing with inter-delegation of powers between the federal and the provincial levels of government to administrative law questions of subdelegation, the Department’s conclusion fails to recognize the fundamental distinction between primary and delegated legislation.

Lorsque le Parlement adopte une loi contenant une incorporation par renvoi, il ne peut s’agir d’une « subdélégation », c’est-à-dire la délégation par le délégataire des pouvoirs qui lui ont été attribués, parce que le Parlement ne peut au départ être considéré comme un délégataire. La situation est toutefois fort différente dans le cas des règlements. D’abord, puisque les règlements sont de la législation déléguée, le pouvoir de l’autorité réglementante est limité par le libellé des dispositions de la loi habilitante qui confèrent le pouvoir réglementaire. Ensuite, l’application de la maxime *delegatus non potest delegare* signifie que, sauf indication claire du contraire, le pouvoir réglementaire doit être exercé par l’autorité à qui la loi habilitante l’a conféré et il ne peut être délégué – de façon formelle ou dans les faits – à quelque autre entité. Conclure qu’une incorporation par renvoi évolutif dans un règlement ne peut équivaloir à une subdélégation parce que l’autorité habilitante reste libre de supprimer ce règlement aurait pour effet de rendre futile la notion de subdélégation. Étant donné qu’un règlement peut toujours être modifié, le même argument vaudrait pour n’importe quelle disposition, rendant impossible la subdélégation. Outre le fait qu’elle repose sur une application erronée des principes tirés des précédents constitutionnels sur l’interdélégation de pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux aux questions de subdélégation relevant du droit administratif, la conclusion du ministère de la Justice ne reconnaît pas la distinction fondamentale qui existe entre la législation primaire et la législation déléguée.

18. The failure to grasp this distinction leads to an erroneous conclusion. This may be illustrated by reference to the judgment of the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137. Here, the Court concluded that legislation passed by the provincial legislature which contained an open incorporation by reference of certain laws of England involved no delegation of provincial power. Ignoring the distinction between delegation as a concept of constitutional law and subdelegation as an administrative law concept, it has been suggested that *Scott* stands for the principle that the use of open incorporation by reference does not involve subdelegation. This is simply untrue. Delegation in this context concerns the distribution of powers between the federal Parliament and the provinces. Since the incorporation by reference in *Scott* clearly could in no way disturb this distribution, there could be no question of delegation. (Put another way, even if the legislation in question was seen to involve a delegation, it would not be a constitutionally prohibited inter-delegation in any event.) Moreover, since the province was not acting as a delegate, questions of subdelegation were entirely irrelevant. This serves to demonstrate that while constitutional cases concerned with preserving the federal-provincial allocation of powers use the language of “delegation” and cases exploring the duty of a delegate to act personally use the language of “subdelegation”, they are not directed toward the identical underlying questions. A facile transposition of

18. Le fait de ne pas saisir cette distinction conduit à une conclusion erronée. À titre d'exemple, mentionnons le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Attorney General of Ontario v. Scott*, [1956] R.C.S. 137. Dans cette affaire, la Cour a conclu que les lois adoptées par l'assemblée législative provinciale qui contenaient une incorporation par renvoi évolutif de certaines lois d'Angleterre n'opéraient pas une délégation de pouvoirs provinciaux. Sans tenir compte de la distinction entre la délégation en tant que concept de droit constitutionnel et la subdélégation comme concept de droit administratif, on a suggéré que l'arrêt *Scott* illustre le principe selon lequel le recours à l'incorporation par renvoi évolutif ne constitue pas une subdélégation. Or, cela est complètement faux. La délégation concerne, dans ce contexte, le partage des pouvoirs entre le Parlement du Canada et les provinces. Puisque l'incorporation par renvoi dans l'arrêt *Scott* ne pouvait évidemment pas altérer ce partage, il ne pouvait pas s'agir de délégation. (Autrement dit, même si les lois en cause étaient considérées comme comportant une délégation, il ne s'agissait en aucun cas d'une interdélégation interdite sur le plan constitutionnel.) En outre, puisque la province n'agissait pas à titre de délégataire, les questions de subdélégation n'étaient pas pertinentes. Cela sert à démontrer que, même si les précédents constitutionnels concernant le maintien du partage des pouvoirs entre le Parlement et les provinces font usage du terme « délégation », et que les précédents portant sur l'obligation du délégataire d'exercer lui-même les pouvoirs

conclusions from one situation to the other due to the linguistic similarity leads one astray.

19. In *Regina v. Glibbery* (1962), 36 D.L.R. (2d), 548, the Ontario Court of Appeal upheld the validity of federal regulations making provincial highway traffic laws applicable on military bases. The issue the Court was asked to decide in *Glibbery* was that of the constitutionality of the referential incorporation, that is whether it offended the allocation of powers between federal and provincial governments. It was concluded that the open incorporation by reference of provincial highway traffic laws was not a constitutionally prohibited delegation:

There is not here any delegation by Parliament to a Province of legislative power vested in the Dominion alone by the *B.N.A. Act* and of a kind not vested by the Act in a Province. ... The power here sought to be delegated was not of such a type but was in relation to a matter in which the Province was independently competent. Parliament could validly have spelled out in its own regulations the equivalent of relevant sections of the *Highway Traffic Act* as they

conférés utilisent le terme « subdélégation », ils ne visent pas les mêmes questions fondamentales. La transposition simpliste des conclusions d'une situation à une autre en raison d'une ressemblance linguistique a pour conséquence de nous détourner du droit chemin.

19. Dans l'affaire *Regina v. Glibbery* (1962), 36 D.L.R. (2d), 548, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la validité des règlements fédéraux qui rendaient la loi provinciale sur la circulation routière applicable sur les bases militaires. La question que devait trancher la Cour dans l'affaire *Glibbery* portait sur la constitutionnalité de l'incorporation par renvoi, c'est-à-dire si cette incorporation portait atteinte au partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux. La Cour a conclu que l'incorporation par renvoi évolutif de la loi provinciale sur la circulation routière ne constituait pas une délégation interdite sur le plan constitutionnel :

[traduction] Il n'y a pas, dans un tel cas, de délégation par le Parlement à une province d'un pouvoir législatif attribué exclusivement au gouvernement fédéral au titre de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, d'un genre non attribué à une province en vertu de cette loi. [...] Le pouvoir que l'on cherche ici à déléguer n'est pas de ce genre, mais il intéresse plutôt une question pour laquelle la province est indépendamment compétente. Le Parlement aurait pu légitimement

existed from time to time but it was more convenient to include them, as has been done, by reference to contemporary legislation in the Province. There should be no objection to delegation of this type made for a valid federal purpose to save repetition in its own regulations of valid Provincial legislation.

20. The Court also concluded that to view the power to incorporate by reference as extending only to fixed incorporations in this instance “would defeat the obvious effort of the legislation to impose a conformity of laws in order to avoid the confusion and inconvenience which could otherwise occur.” This would seem to indicate that the Court was of the view that the authority to make regulations embodying open incorporations by reference was necessarily implied in the scheme of the enabling statute. The issue of subdelegation in the context of administrative law, however, was never expressly addressed. There was no exploration of questions relating to the authority of a delegate and the integrity of the principal’s choice of delegate. There is, for example, no reference to the maxim *delegatus non potest delegare* nor any discussion of the limits of the powers of the Governor in Council arising, not out of his status as a federal entity under the constitution, but out of his status as a

énoncer dans ses propres règlements l’équivalent des dispositions pertinentes de la loi intitulée *Highway Traffic Act*, compte tenu de ses modifications successives, mais il était plus commode de les inclure, comme il a été fait, par renvoi à la loi provinciale existante. Il ne devrait y avoir aucune objection à une délégation de ce genre faite à une fin légitime en vue d’éviter la répétition, dans les règlements du Parlement, des dispositions d’une loi provinciale valide.

20. La Cour a également conclu que le fait de considérer le pouvoir d’incorporation par renvoi comme s’appliquant seulement aux renvois statiques dans ce cas [traduction] « ferait échec à la tentative évidente de la législation d’assurer l’uniformité afin d’éviter la confusion et les inconvénients qui en résulteraient autrement ». Cela semblerait démontrer que la Cour était d’avis que le pouvoir de prendre des règlements contenant une incorporation par renvoi évolutif était nécessairement implicite dans le régime établi par la loi habilitante. Toutefois, la question de la subdélégation dans le contexte du droit administratif n’a jamais été expressément abordée. Il n’y a pas eu d’étude des questions concernant l’autorité du délégataire et l’intégrité du choix de délégataire fait par le délégant. Par exemple, il n’y a aucune mention de la maxime *delegatus non potest delegare* et aucune étude des limites des pouvoirs du gouverneur en conseil qui proviennent non pas de son statut d’entité fédérale aux termes de la constitution, mais de son statut en tant que

delegate of Parliament. For this reason, the case cannot be seen as authority for the proposition that a delegate can in every case use open referential incorporation when making regulations. (As well, the judgment is muddled by the Court's failure to distinguish between Parliament and the Governor in Council, who is merely Parliament's delegate. At one point, for example, the Court refers to Parliament's "own regulations".)

21. It has also been claimed that authority for the proposition that the conferral of a power to make regulations in all instances carries with it the power to incorporate by reference external materials as they are amended from time to time can be found in the judgment of the Supreme Court of Canada in *Reference re Manitoba Language Rights (No.3)*, [1992] 1 S.C.R. 212. Again, this is a case dealing with a constitutional question, this time the application of constitutional language requirements to referentially incorporated documents.

22. Section 133 of the *Constitution Act, 1867* requires that the Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec be printed and published in both English and French. (In *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, the Supreme Court of Canada had concluded that this provision also applied to delegated legislation.) In 1985, the Supreme Court had ruled that the scope of section 133 and of section 23 of the *Manitoba Act, 1870* were

délégué du Parlement. Pour cette raison, l'affaire ne peut être considérée comme faisant autorité pour l'examen de la thèse voulant que le délégataire puisse recourir dans tous les cas à l'incorporation par renvoi évolutif lorsqu'il prend des règlements. (De même, la valeur du jugement est affaiblie du fait que la Cour n'a pas fait la distinction entre le Parlement et le gouverneur en conseil, ce dernier étant simplement le délégué du Parlement. À un moment donné, notamment, la Cour fait mention des « règlements du Parlement »).

21. De plus, on a prétendu que la thèse voulant que l'attribution d'un pouvoir réglementaire comporte, dans tous les cas, le pouvoir d'incorporation par renvoi de documents externes avec leurs modifications successives trouve appui dans le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba (N° 3)*, [1992] 1 R.C.S. 212. Il s'agit encore une fois d'une instance concernant une question constitutionnelle, soit le respect des exigences linguistiques constitutionnelles dans les documents incorporés par renvoi.

22. L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les lois du Parlement du Canada et de l'Assemblée nationale du Québec doivent être imprimées et publiées en anglais et en français. (Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, la Cour suprême du Canada a conclu que la disposition s'applique également à la législation déléguée.) En 1985, la Cour suprême avait jugé que la portée de l'article 133 correspondait à celle de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le*

identical (*Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721), and that section 23, and therefore section 133 as well, applied to “instruments of a legislative nature”. In the subsequent *Reference re Manitoba Language Rights (No.3)*, the Court was asked to clarify which documents were subject to the section 133 requirements.

23. As regards the application of section 133 to documents incorporated by reference in the laws of Manitoba, the Court indicated there were two threshold questions that needed to be answered. First, is the primary instrument of a legislative nature? Second, is the incorporated document essential to understanding the primary instrument? If these questions were answered in the affirmative, one proceeded to apply what the Court termed “the *bona fide* test” or “critère de la raison légitime”. In the words of the Court, once the threshold questions have been answered in the affirmative,

the central issue becomes whether or not there is a *bona fide* reason for incorporation without translation. To make this determination, the origin of the document and the purpose of its incorporation must be examined.

24. The Court went on to describe the factors which may be taken into consideration to determine whether or not there are “legitimate reasons” for the referential incorporation of a document

Manitoba (Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721) et que l'article 23, et par conséquent l'article 133, s'appliquaient aux «textes de nature législative». Dans un renvoi subséquent, soit le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba (N° 3)*, la Cour a été appelée à fournir des éclaircissements quant aux documents assujettis aux exigences de l'article 133.

23. En ce qui concerne l'application de l'article 133 aux documents incorporés par renvoi dans les lois du Manitoba, la Cour a indiqué qu'il fallait répondre à deux questions préliminaires. Premièrement, le texte primaire est-il de nature législative? Deuxièmement, le document incorporé est-il essentiel à la compréhension du texte primaire? Dans l'affirmative, il faut appliquer ce que la Cour appelle le « critère de la raison légitime » ou, en anglais, « *bona fide test* ». Pour citer la Cour, une fois que ces questions préliminaires ont reçu une réponse affirmative :

la question principale est de savoir s'il existe une raison légitime d'incorporer le texte sans le traduire. Pour trancher cette question, il faut examiner l'origine du document et le but de son incorporation.

24. La Cour a poursuivi en décrivant les facteurs pouvant être pris en considération pour déterminer s'il existe des « raisons légitimes » d'incorporer par renvoi un document qui n'existe que dans une seule

that exists in only one official language. The occasions when a government can justify the incorporation of a document generated by the government itself in only one language into legislation emanating from that government will be extremely rare. In *Manitoba Language Rights (No. 3)*, the Court concluded that every referential incorporation of a document generated by the Manitoba government was subject to the constitutional language requirements. Indeed, given the Court's conclusion that all instruments or documents created by the government of Manitoba and incorporated by reference in the laws of Manitoba are subject to the constitutional language requirements, and its express application of the *bona fide* test only to documents originating from outside the government of Manitoba, it is questionable whether the *bona fide* test applies to incorporated documents originating with the incorporating government in the first place. Even assuming the test does apply to such documents, the test will be an extremely stringent one. As for incorporated material originating from an independent external body, the Court enunciated by way of example two situations where there could be legitimate reasons to incorporate unilingual material: where cooperative arrangements between governments are being implemented, and where standards developed by non-governmental bodies, particularly those with a high level of technical expertise, are incorporated, and those standards are continually changing.

langue officielle. Ce n'est que très rarement qu'un gouvernement pourra justifier l'incorporation par renvoi dans sa législation d'un document qu'il a lui-même produit dans une seule langue. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba (n° 3)*, la Cour a conclu que toute incorporation par renvoi d'un document produit par le gouvernement du Manitoba est assujettie aux exigences linguistiques constitutionnelles. D'ailleurs, vu la conclusion de la Cour portant que tous les textes ou documents créés par le gouvernement du Manitoba et incorporés par renvoi dans les lois de cette province sont assujettis aux exigences linguistiques constitutionnelles, et vu le fait que la Cour a appliqué expressément le critère de la raison légitime seulement aux documents provenant d'une source extérieure au gouvernement du Manitoba, il y a lieu de se demander si le critère de la raison légitime s'applique aux documents incorporés qui proviennent à l'origine du gouvernement qui fait l'incorporation. Même en supposant que le critère s'applique à de tels documents, il s'agirait d'un critère extrêmement rigoureux. Quant aux documents incorporés par renvoi provenant d'un organisme indépendant, la Cour a mentionné à titre d'exemple deux situations où il existerait des raisons légitimes d'incorporer un document unilingue : lorsqu'il y a collaboration intergouvernementale et lorsqu'il y a incorporation de normes établies par des organismes non gouvernementaux, notamment ceux ayant une très grande expertise technique, et que ces normes sont révisées continuellement.

25. Seeking to extrapolate, the Department of Justice has argued that the reasoning in *Reference re Manitoba Language Rights (No.3)* with respect to constitutional language requirements can be transposed to the administrative law sphere. In other words, the same grounds that would justify the incorporation by reference of external material that existed in only one official language will also justify the open incorporation by reference of external material in regulations, regardless of the terms of the relevant enabling powers. This is said to follow from what is perceived as the Court's tacit approval of open incorporation by reference in the context of constitutional language requirements. By giving the continual revising of technical standards developed by standard-setting bodies as one legitimate reason for permitting the incorporation of technical standards without translation, and as this would presume the open incorporation by reference of such standards, this is said to evince an intent to condone the use of this technique in all circumstances.

26. The Joint Committee views this reasoning as tenuous at best. The question before the Court in *Reference re Manitoba Language Rights (No.3)* was the application of constitutional language requirements to referentially incorporated documents. To suggest that the remarks of the Court on this question can be applied equally to the determination of whether a particular instance of incorporation by reference is authorized under a given statute ascribes to the

25. Par extrapolation, le ministère de la Justice a soutenu que le raisonnement énoncé dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba (N° 3)* concernant les exigences linguistiques constitutionnelles peut être transposé au droit administratif. Autrement dit, les mêmes motifs qui justifieraient l'incorporation par renvoi de documents externes établis dans une seule langue officielle justifieraient aussi l'incorporation par renvoi évolutif de documents externes dans les règlements, indépendamment du libellé de la disposition habilitante applicable. On prétend que cela découle de ce qui est perçu comme l'approbation tacite par la Cour de l'incorporation par renvoi évolutif dans le contexte des exigences linguistiques constitutionnelles. En faisant de la révision continue des normes techniques établies par des organismes de normalisation une raison légitime pour permettre l'incorporation de la version non traduite de ces normes, ce qui justifierait leur incorporation par renvoi évolutif, on laisse entendre que l'intention de sanctionner l'usage de cette technique en toutes circonstances est manifeste.

26. Le Comité mixte estime que ce raisonnement est, au mieux, précaire. La question soumise à la Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba (N° 3)* visait à déterminer si les exigences linguistiques constitutionnelles s'appliquaient aux documents incorporés par renvoi. Tenter de suggérer que les remarques de la Cour sur cette question peuvent aussi bien s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer si un cas particulier d'incorporation par renvoi est autorisé par

reasoning of the Court a scope it simply does not have. In the context of regulation-making powers, the question is not whether external material incorporated by reference “as amended from time to time” engages constitutional language requirements, but rather whether the power to make such an incorporation by reference has been conferred on a delegate in a particular instance.

27. The Supreme Court in *Reference re Manitoba Language Rights (No.3)* did no more than identify the incorporation by reference of technical standards “as amended from time to time” as being a situation in which the impracticality of maintaining an authoritative translation was likely to be a *bona fide* reason for incorporation without translation. This of course presumes that a particular open incorporation by reference of such a standard was authorized by the relevant enabling legislation in the first place. In referring to the examples of incorporation by reference in the legislation of Manitoba that were provided in evidence, the Court cannot be seen to have expressed any view whatsoever on their validity, or the relevant principles pertaining to the use of the techniques embodied in the examples provided. These matters were simply not before the Court. In fact, both of the specific examples of open incorporation by reference mentioned by the Court were enacted pursuant to enabling powers that explicitly authorized incorporation by reference of external material “as amended from time to time”. It is

une loi donnée accorde au raisonnement de la Cour une portée qu’il n’a tout simplement pas. Dans le contexte des pouvoirs réglementaires, il ne s’agit pas de savoir si un document externe incorporé par renvoi « avec ses modifications successives » respecte les exigences linguistiques constitutionnelles, mais plutôt de savoir si le pouvoir de faire une telle incorporation a été conféré au délégataire dans un cas particulier.

27. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba (N° 3)*, la Cour suprême a tout simplement précisé que l’incorporation par renvoi d’une norme technique « avec ses modifications successives » donne lieu à une situation où l’impossibilité de garder à jour une traduction qui fait autorité constitue probablement une raison légitime pour procéder à l’incorporation de la version sans traduction. Cela suppose, bien entendu, que l’incorporation par renvoi évolutif d’une telle norme était au départ autorisée par la loi habilitante. Au sujet des exemples d’incorporation par renvoi dans les lois du Manitoba qui ont été fournis en preuve, on ne peut pas dire que la Cour s’est prononcée sur leur validité ni sur les principes applicables à l’utilisation des techniques mentionnées dans ces exemples. Ces questions n’ont tout simplement pas été soumises à la Cour. En fait, dans les deux exemples cités par la Cour, l’incorporation par renvoi évolutif avait été faite conformément aux dispositions habilitantes qui autorisaient explicitement l’incorporation par renvoi d’un document externe « avec ses modifications successives ». Il s’ensuit donc que toute

therefore the case that any question as to whether open incorporation by reference of the standards in question was permitted had already been conclusively answered by the legislature in any event.

28. Several court decisions in addition to those already discussed have been cited which are claimed to lend support to the position advanced on behalf of the government. The decision in *Re Meherally et al. and Minister of National Revenue* (1987), 37 D.L.R.(4th), 609, involved unemployment insurance regulations which included as insurable employment employment of those appointed under provincial legislation as employees of Her Majesty in right of a province. The Federal Court of Appeal held that this incorporation by reference

is a valid exercise of Parliament's regulation-making power and thus is *intra vires*. ... It is not a transfer of jurisdiction as urged by the applicants. It is the incorporation into federal legislation of the legislation of the only body having authority to determine what persons have the qualifications to be employees of a province, namely the legislature of the province.

Two points should be noted in connection with these comments. First, the Court of Appeal dealt with the question as one of whether the incorporation represented a constitutionally prohibited transfer of jurisdiction. (In other words, as one of

question concernant la légalité de l'incorporation par renvoi évolutif des normes en cause avait déjà été réglée de façon définitive par l'assemblée législative.

28. Plusieurs décisions judiciaires qui s'ajoutent à celles déjà mentionnées ont été citées au soutien de la position du gouvernement. La décision rendue dans l'affaire *Re Meherally et al. c. Ministre du Revenu national* (1987), 37 D.L.R. (4th), 609, portait sur le *Règlement sur l'assurance-chômage* qui assimilait à un emploi assurable l'emploi d'une personne nommée en vertu des lois provinciales à titre d'employé de Sa Majesté du chef d'une province. La Cour d'appel fédérale a soutenu que l'incorporation par renvoi :

[...] constitue un exercice valide du pouvoir du Parlement et est ainsi constitutionnelle. [...] Il ne s'agit pas d'un transfert de compétence comme le soutiennent les requérants. Il s'agit de l'insertion dans la législation fédérale de la législation du seul organisme ayant le pouvoir de déterminer quelles personnes ont les qualités requises pour être les employés d'une province, c'est-à-dire la législature de la province.

Deux points méritent d'être soulignés au sujet de ces remarques. Premièrement, la Cour d'appel s'est demandé si l'incorporation constituait un transfert de compétence interdit sur le plan constitutionnel (autrement dit, s'il s'agissait d'une interdélégation, par opposition

inter-delegation, as opposed to subdelegation.) Secondly, in applying the decision in *Glibbery*, the Court perpetuated the confusion between Parliament and its delegate.

29. In his concurring judgment, Hugesson J. found that the matter dealt with by the incorporation was one that of necessity had to be left to provincial law, observing that

in the exercise of its regulation-making power, the Unemployment Insurance Commission could scarcely do otherwise than adopt by reference the various provincial definitions as to what such employment is. In my opinion, the Crown and legislature in each province in the exercise of their prerogative and legislative powers are not only the appropriate but the only bodies who can define and determine what shall, for all purposes, be deemed to be employment by Her Majesty in right of that province.

Thus, the power to make regulations containing open incorporations by reference was necessarily implied in the enabling statute. (Urie, J., with whom Mr. Justice Hugesson was concurring, seems to have taken it as given that such a power had been conferred on the Unemployment Insurance Commission by Parliament in this instance.)

à une subdélégation). Deuxièmement, en appliquant l'arrêt *Glibbery*, la Cour a entretenu la confusion entre le Parlement et son délégué.

29. Dans ses motifs concourants, le juge Hugesson a estimé que l'incorporation était une question qui devait forcément relever de la législation provinciale, en soulignant que :

dans l'exercice du pouvoir de réglementation qui lui est conféré, la Commission sur l'assurance-chômage ne pouvait guère faire autrement que d'adopter par référence les diverses définitions provinciales visant la nature d'un tel emploi. À mon avis, dans l'exercice de leurs prérogatives et de leurs pouvoirs législatifs, la Couronne et la législature de chaque province constituent non seulement les organismes appropriés, mais les seuls organismes qui peuvent définir et déterminer ce qui, à toutes fins, sera réputé être un emploi exercé au service de Sa Majesté du chef de ladite province.

Par conséquent, le pouvoir de prendre des règlements contenant une incorporation par renvoi évolutif était nécessairement implicite dans la loi habilitante. (Le juge Urie, qui a rédigé les motifs concourants avec le juge Hugesson, semble avoir tenu pour acquis dans ce cas qu'un tel pouvoir avait été délégué à la Commission sur l'assurance-chômage par le Parlement.)

30. Although it is somewhat ambiguous, the Joint Committee takes the decision in *Meberally* to stand for the following:

- It is constitutionally permissible for the terms of provincial statutes as they exist from time to time to be referentially incorporated in federal legislation, and therefore the regulation in question was not *ultra vires* on constitutional grounds;
- In the particular instance in question, it is only the provinces who in fact could determine the question of who is a provincial crown employee, and therefore Parliament must be considered to have impliedly authorized the federal delegate to incorporate the provinces' decisions on this question.

The decision cannot, however, be taken as standing for the proposition that in every case a delegate may use open referential incorporation.

31. Only the dissenting reasons of MacGuigan, J. in *Meberally* address the issue of subdelegation, recognizing that it is the authority of the Commission that should be in question, not that of Parliament:

I cannot conclude that this transfer has been made by Parliament. It is the Commission which by s. 4 of the Act is given the initiating power to make regulations (subject only to

30. La situation est quelque peu ambiguë, mais le Comité mixte pense que l'arrêt *Meberally* défend la position suivante :

- Comme il est constitutionnellement permis d'incorporer par renvoi les dispositions de lois provinciales avec leurs modifications successives dans les lois fédérales, le règlement en cause n'était pas *ultra vires*, pour des motifs constitutionnels;
- Dans l'affaire en question, étant donné que seules les provinces peuvent en fait déterminer qui est un employé provincial de la Couronne, il faut considérer que le Parlement a implicitement autorisé le délégué fédéral à incorporer les décisions des provinces à ce sujet.

Cependant, l'arrêt ne peut servir à soutenir la thèse voulant que le délégué puisse avoir recours à l'incorporation par renvoi évolutif dans tous les cas.

31. Seuls les motifs dissidents du juge MacGuigan énoncés dans l'arrêt *Meberally* soulèvent la question de la subdélégation, reconnaissant que c'est le pouvoir de la Commission, et non celui du Parlement, qui est en cause:

[traduction] Je ne peux conclure que le transfert a été fait par le Parlement. En vertu de l'article 4 de la Loi, la Commission a le pouvoir de prendre des règlements (sous

the approval of the Governor in Council) for including in insurable employment otherwise exempted provincial employees, and thus in its discretion to qualify and specify what needs to be qualified and specified, but there is not a word in the Act which explicitly confers on the Commission the power to transfer its jurisdiction further.

This expressly recognizes that it was the question of what authority had been given to the Commission and to what extent the Commission was itself expected to perform the task of determining who is a member of the various provincial civil services that had to be determined. MacGuigan, J. also pointed out that the value of the *Glibbery* decision as a precedent is diminished by the fact that the question of subdelegation was not argued before the Court and by the confusion exhibited in that judgment as to the identity of the regulation-making authority, there being repeated references to Parliament's power to make regulations incorporating by reference provincial laws as amended from time to time. Parliament of course does not make regulations, but rather delegates by statute the power to do so to others. As observed earlier, subject to constitutional constraints, it is obvious that in its supremacy Parliament could pass any law it pleases. The same is not true of a body making delegated legislation.

seule réserve de l'approbation du gouverneur en conseil) visant à inclure dans les emplois assurables les emplois d'employés provinciaux qui en seraient autrement exclus et, par conséquent, il lui appartient de qualifier et de préciser ce qui doit être qualifié et précisé, mais rien dans la loi ne confère explicitement à la Commission le pouvoir de transférer sa compétence.

Il a ainsi reconnu expressément qu'il fallait déterminer quel pouvoir avait été accordé à la Commission et dans quelle mesure on s'attendait à ce qu'elle définisse qui est membre des différents services de l'administration publique provinciale. Le juge MacGuigan a également souligné que la valeur de l'arrêt *Glibbery* en tant que précédent est affaiblie par le fait que la question de la subdélégation n'a pas été débattue devant la Cour et que le jugement dénote une certaine confusion quant à la désignation de l'autorité réglementante; en effet, il y a de nombreux renvois au pouvoir du Parlement de prendre des règlements qui incorporent par renvoi des lois provinciales avec leurs modifications successives. Bien entendu, le Parlement ne prend pas de règlements, mais délègue ce pouvoir à d'autres par voie législative. Comme il a été mentionné précédemment, de par sa suprématie, le Parlement peut évidemment, sous réserve des contraintes constitutionnelles, adopter les lois qu'il souhaite, ce qui n'est pas le cas d'un organisme qui prend des textes de législation déléguée.

32. *Calder v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 842 (F.C.A.), also concerned unemployment insurance regulations. Paragraph 58(u) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* authorized the Canada Employment and Immigration Commission to make regulations “averaging any rates of unemployment for the purposes of paying extended benefits and prescribing the manner in which such averaging shall be carried out”. These rates were used to determine the length of the period in respect of which extended benefits could be paid. Pursuant to this authority, the Commission made a regulation adopting “the average of the unadjusted monthly national or regional rates of unemployment respectively as determined by Statistics Canada for the most recent twelve-month period immediately preceding the time for which those rates are available”. It was argued by the applicants that this constituted an unauthorized subdelegation, in that it did not prescribe the manner in which the average regional and national rates of employment should be determined, but rather simply left the determination to Statistics Canada.

33. The Federal Court of Appeal rejected this argument, on the ground that Parliament had not given the Commission any power to prescribe how rates of unemployment should be determined. Elsewhere in the Act, it was made clear that this was a matter left to Statistics Canada, and the regulation-making power granted by paragraph 58(u) of the Act extended no further than

32. L’arrêt *Calder c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1980] 1 C.F. 842 (C.A.F.) porte aussi sur le *Règlement sur l’assurance-chômage*. L’alinéa 58*u*) de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* autorisait la Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada à prendre des règlements « établissant la moyenne des taux de chômage aux fins du service des prestations de prolongation et prescrivant la manière de faire le calcul de cette moyenne ». Ces taux servaient à déterminer la durée de la période pendant laquelle des prestations de prolongation pouvaient être versées. En vertu de ce pouvoir, la Commission a pris un règlement adoptant « la moyenne des taux mensuels national ou régional non désaisonnalisés de chômage, déterminée par Statistique Canada pour la plus récente période de douze mois qui précède la date pour laquelle ces taux sont disponibles ». Les requérants ont soutenu que cela constituait une subdélégation non autorisée puisque le règlement ne prescrivait pas la manière d’établir la moyenne des taux de chômage régional et national, mais laissait plutôt cela à la discrétion de Statistique Canada.

33. La Cour d’appel fédérale a rejeté cet argument au motif que le Parlement n’avait pas donné à la Commission le pouvoir de prescrire la façon de déterminer les taux de chômage. Il est clairement écrit dans la Loi que cette question relevait de Statistique Canada, et que le pouvoir réglementaire conféré à la Commission par l’alinéa 58*u*) de la Loi lui permettait seulement de prescrire la manière de faire le calcul de la

permitting the Commission to prescribe how the averaging of these rates as determined by Statistics Canada was to be carried out. Essentially, this amounted to no more than the power “to prescribe the period for which an average of rates of unemployment should be determined”. In short, there could be no subdelegation by the Commission of the power to prescribe the manner in which the average regional and national rates of employment should be determined, because the Commission possessed no such power in the first place. In the words of the Court of Appeal:

[I]n so far as Parliament has made rights depend on rates of unemployment, it has indicated an intention that reliance may be placed on the rates of unemployment determined by Statistics Canada. The determination of those rates is neither a power to make regulations nor a power to adjudicate under the *Unemployment Insurance Act*, so that it cannot be said to involve, when carried out by Statistics Canada, an invalid delegation of either kind of power.

34. Although it has been claimed by the government that the *Calder* decision stands for the principle that open incorporation by reference does not involve an improper subdelegation of legislative power, it is difficult to find any basis for this assertion. First, the power to decide how rates of unemployment were to be determined was expressly conferred

moyenne des taux déterminés par Statistique Canada. Essentiellement, cela se résumait au pouvoir «de fixer la période pour laquelle la moyenne des taux de chômage doit être établie». Bref, la Commission ne pouvait pas subdéléguer le pouvoir de prescrire la manière de faire le calcul de la moyenne des taux de chômage régional et national, parce qu'elle ne possédait pas ce pouvoir en premier lieu. Selon la Cour d'appel :

[D]ans la mesure où il était de l'intention du Parlement de faire dépendre des taux de chômage certains droits des prestataires, il a indiqué que les taux de chômage déterminés par Statistique Canada pouvaient servir à cet égard. La détermination de ces taux ne relève ni du pouvoir réglementaire ni du pouvoir de statuer au titre de la *Loi sur l'assurance-chômage*, de sorte qu'on ne peut dire qu'elle implique, lorsqu'elle est effectuée par Statistique Canada, une délégation nulle de l'un ou l'autre pouvoir.

34. Le gouvernement a prétendu que l'arrêt *Calder* appuie le principe que l'incorporation par renvoi évolutif n'entraîne pas une subdélégation irrégulière du pouvoir législatif, mais il est difficile de trouver un fondement au soutien de cette affirmation. Premièrement, la Loi confie expressément à Statistique Canada le pouvoir de décider de la manière de

on Statistics Canada by the Act. This being the case, there could be no question of subdelegation by the Commission, since there was no power that could have been subdelegated. Second, given the Court's finding that it was the Act itself, and not the Regulations, that was the source of Statistics Canada's authority to decide how rates of unemployment were to be determined, there could not truly be said to have been any incorporation by reference, either open or closed, of the unemployment rates as determined by Statistics Canada. Reliance on these rates was mandated by the Act in any event. In sum, the *Calder* decision has absolutely nothing to do with open incorporation by reference and the applicable principles for the use of this technique.

35. Another case to which the Joint Committee has been referred is *Kingston v. Ontario Racing Commission* (1965), 49 D.L.R. (2d) 395 (Ont. H.C.). In a decision arising from the suspension of a horse trainer by the Ontario Racing Commission, the Court held that there was no improper subdelegation by the Commission in adopting the Rules of the Canadian Trotting Association by referentially incorporating them into its own rules. Again, it is difficult to see the relevance of this case, given that it did not concern an open incorporation by reference. The rules of the Commission simply stated that harness racing in Ontario was to be conducted "in accordance with the Rules and Regulations of The Canadian Trotting Association". As Professor Côté observes, in the absence of an indication

déterminer les taux de chômage. Cela étant, il ne saurait s'agir de subdélégation par la Commission, puisqu'elle ne possédait aucun pouvoir à subdéléguer. Deuxièmement, puisque la Cour a conclu que c'était la Loi elle-même, et non le Règlement, qui conférait à Statistique Canada le pouvoir de déterminer le mode de calcul des taux de chômage, il ne saurait y avoir de véritable incorporation par renvoi, évolutif ou figé, des taux de chômage déterminés par Statistique Canada. La Loi exigeait le recours à ces taux de toute façon. Bref, l'arrêt *Calder* n'avait strictement rien à voir avec l'incorporation par renvoi évolutif et les principes applicables à l'utilisation de cette technique.

35. Un autre précédent porté à l'attention du Comité mixte est la décision *Kingston v. Ontario Racing Commission* (1965), 49 D.L.R. (2d) 395 (Ont. H.C.). Dans une décision rendue à la suite de la suspension d'un entraîneur de chevaux par la Commission des courses de l'Ontario, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu subdélégation irrégulière de la part de la Commission lorsqu'elle avait adopté les règlements de la Canadian Trotting Association en les incorporant par renvoi dans son propre règlement. Encore une fois, il est difficile de voir la pertinence de cette décision, étant donné qu'elle ne concerne pas une incorporation par renvoi évolutif. Le règlement de la Commission énonçait simplement que les courses attelées en Ontario devaient être menées [traduction] «en conformité avec les règles et règlements de la Canadian Trotting

of a contrary intent, “there is a presumption that references which are made to an enactment from another authority are static.” (*The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd edition, p.73).) The Joint Committee considers this presumption to apply in the situation in the *Kingston* decision. In the circumstances in that case, the Committee would therefore also have found that the particular referential incorporation involved no delegation of authority. More fundamentally, it bears pointing out that the Court in *Kingston* also held that the rules of the Ontario Racing Commission were administrative in nature, rather than legislative. This being the case, the principles governing the exercise of a power to legislate, including those concerning the delegation of such a power, would be inapplicable in any event.

36. Finally, in *Wright v. TIL Services Pty Ltd.*, [1956] S.R. (N.S.W.) 413, an Australian case, the Court upheld the validity of an incorporation by reference in regulations of an external document “as amended from time to time”. The validity of the regulation in question in *Wright*, however, was challenged on the ground that the content of the regulations would not be published in the Gazette in its entirety, and that it was uncertain as to whether it was intended to incorporate the relevant external standards as they existed at the time of the incorporation, or as they existed from time to time. While the Court concluded that from the subject matter of the regulations, as well

Association ». Comme le fait observer le professeur Côté, en l’absence d’indication d’une intention contraire, « on devrait présumer que les renvois [...] faits à un texte relevant d’une autre autorité sont statiques ». (*Interprétation des lois au Canada*, 2^e édition, p. 80.) Le Comité mixte estime que cette présomption s’applique à la situation en cause dans la décision *Kingston*. Dans les circonstances de cette affaire, le Comité aurait donc également conclu que l’incorporation par renvoi en question ne constituait pas une délégation de pouvoirs. Plus fondamentalement, il convient de souligner que la Cour, dans la décision *Kingston*, a statué que les règlements de la Commission des courses de l’Ontario étaient de nature administrative, plutôt que de nature législative. Cela étant, les principes régissant l’exercice d’un pouvoir législatif, y compris la délégation de ce pouvoir, seraient de toute façon inapplicables.

36. Enfin, dans la décision *Wright v. TIL Services Pty Ltd.*, [1956] S.R. (N.S.W.) 413, rendue en Australie, la Cour a confirmé la validité de l’incorporation par renvoi d’un document externe « avec ses modifications successives » dans un règlement. Toutefois, la validité du règlement en cause dans la décision *Wright* a été contestée au motif que le contenu du règlement ne serait pas entièrement publié dans la Gazette et qu’il n’était pas certain si l’intention était d’incorporer les normes indépendantes dans leur version à la date de l’incorporation ou avec leurs modifications successives. Bien que la Cour ait conclu que, d’après la matière traitée par le règlement ainsi que son objet et sa nature,

as from their nature and purpose, an open incorporation by reference was intended, the question of whether such an incorporation by reference would constitute an unlawful subdelegation was not raised by the parties to the action and was not addressed by the Court at all. Thus, as is observed in Keyes' *Executive Legislation* (p.284), "the Australian treatment of incorporation by reference exclusively in terms of publication requirements and uncertainty does not necessarily preclude subdelegation as an issue".

37. It should be emphasized as well that there are Canadian court decisions which have held that an ambulatory incorporation by reference did constitute an unlawful subdelegation of authority. In *R. v. Board of Commissioners of Public Utilities* (1964), 51 M.P.R. 4, the New Brunswick Court of Appeal unanimously held that an order of the Board of Commissioners of Public Utilities directing that water rates should be lowered to be equivalent to the rates charged in Maine should the latter be lower than the rates fixed by the Board was *ultra vires*. The Court observed that the order in question "purports to delegate to an administrative tribunal in a foreign country the duty of determining rates in New Brunswick which duty, by the *Public Utilities Act*, is conferred on the Board." In *Investissements St-Germain et al v. Cité de Rimouski* (1982), 22 M.P.L.R. 121, the Quebec Superior Court ruled that a municipal by-law referentially incorporating the National Building Code as amended from time to time constituted an unlawful delegation of

l'intention était d'incorporer ces normes par renvoi évolutif, la question de savoir si une telle incorporation par renvoi constituait une subdélégation irrégulière n'a pas été soulevée par les parties et n'a pas été examinée par la Cour. Ainsi, tel qu'il est mentionné dans *Executive Legislation* (Keyes, p. 284), [traduction] « la façon dont on a traité, en Australie, l'incorporation par renvoi exclusivement sous l'angle des exigences en matière de publication et de l'incertitude n'écarte pas nécessairement la question de la subdélégation ».

37. Il importe également de souligner qu'il existe des décisions de tribunaux canadiens qui ont reconnu qu'une incorporation par renvoi évolutif constituait une subdélégation illégale de pouvoirs. Dans l'arrêt *R. v. Board of Commissioners of Public Utilities* (1964), 51 M.P.R. 4, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a décidé à l'unanimité que l'ordonnance de la Commission des entreprises de service public prévoyant la diminution de la taxe d'eau au taux équivalent en vigueur dans l'État du Maine, si celui-ci était inférieur à celui de la taxe fixée par la Commission, était *ultra vires*. La Cour a fait remarquer que l'ordonnance en question [traduction] « vise à déléguer à un tribunal administratif étranger la tâche de fixer les taux en vigueur au Nouveau-Brunswick, tâche que la *Loi sur les entreprises de service public* a conférée à la Commission ». Dans la décision *Investissements St-Germain et al c. Ville de Rimouski* (1982), 22 M.P.L.R. 121, la Cour supérieure du Québec a jugé que l'incorporation par renvoi du Code national du bâtiment, avec ses modifications

authority. (See also: *R. v. Ciarniello* (1979), 12 B.C.L.R. 394 (Prov. Ct.); *Mathurin v. Lee Coffrages Dominic Ltée.*, [1982] T.T. 261, reversed [1983] C.S. 143 (Que. S.C.)).

38. Much has been read into the fact that the Canadian authors cited earlier in support of the Joint Committee's position do not unequivocally conclude that all ambulatory incorporations by reference are invalid, even in the absence of an express enabling provision. This merely reflects, however, the view that the authority to incorporate by reference an external document "as amended from time to time" may be necessarily implied in a particular legislative scheme, even in the absence of explicit authority to this effect. In such instances, the necessary implication may have the same effect as express authority. It clearly does not follow that all such incorporations by reference are valid. The decisions in *Glibbery* and *Meberally* may both be seen to represent instances in which the courts found that the authority to make regulations embodying open incorporations by reference was necessarily implied in the scheme of the relevant enabling legislation.

39. It must always be borne in mind that use of the technique of incorporation by reference in both its forms does not constitute an exercise of a distinct power. Thus, the limits of what can be incorporated by reference are clear: they are the limits that are dictated by the statutory provisions empowering the authority to make

successives, à un règlement municipal constituait une délégation illégale de pouvoirs. (Voir également *R. v. Ciarniello* (1979), 12 B.C.L.R. 394 (C. prov.); *Mathurin c. Lee Coffrages Dominic Ltée.*, [1982] T.T. 261, infirmé [1983] C.S. 143 (Qué.)).

38. On a beaucoup parlé du fait que les auteurs canadiens cités précédemment à l'appui de la position du Comité mixte ne concluent pas de façon absolue que toutes les incorporations par renvoi évolutif sont invalides, même en l'absence d'une habilitation expresse. Or, cela traduit simplement le point de vue selon lequel le pouvoir d'incorporer par renvoi un document externe « avec ses modifications successives » peut être nécessairement implicite dans un régime législatif particulier, même en l'absence d'une habilitation expresse à cet effet. Dans de tels cas, l'implication nécessaire peut avoir le même effet que l'habilitation expresse, ce qui ne signifie pas que toutes les incorporations par renvoi de ce genre sont valides. Les affaires *Glibbery* et *Meberally* peuvent toutes deux être considérées comme des cas où les tribunaux ont jugé que le pouvoir de prendre des règlements comportant des incorporations par renvoi évolutif était nécessairement implicite dans le régime de la loi habilitante visée.

39. Il faut toujours se rappeler que le recours à l'incorporation par renvoi sous ses deux formes ne constitue pas l'exercice d'un pouvoir distinct. Par conséquent, les limites définissant le cadre de ce qui peut être incorporé par renvoi sont claires : ce sont les limites dictées par les dispositions législatives habilitant l'autorité à prendre des règlements.

regulations. Whether the regulation-maker drafts the actual text of the regulation or decides to incorporate material by reference, it must still act within the limits of the statutory grant of regulation-making authority. Issues of subdelegation are only relevant in the context of the scope of the power conferred on a regulation-making authority in a particular instance.

40. Further militating against the position taken by the government is the fact that Parliament, in a great many statutes, has expressly conferred the power to make regulations incorporating external documents “as amended from time to time”. For example, section 32(5) of the *Canada Shipping Act, 2001*, S.C. 2001, c. 26, provides that material may be incorporated by reference in regulations under that Act “as amended from time to time”. Accepting the position advanced by the Department would lead to the conclusion that this provision is completely unnecessary. It is an acknowledged presumption in the interpretation of legislation, however, that Parliament does not legislate in vain. As stated by Sir Francis Bennion in *Statutory Interpretation* (2nd edition, p.807), “if a word or phrase appears in [the] enactment, it was put there for a purpose and must not be disregarded”. Conversely, the omission from a provision of wording which appears in other similar provisions must also be taken into account in ascertaining the intent of the provision from which the wording has been omitted. In response to this, it is apparently the view of the Department of Justice that no general

Que l'autorité réglementante rédige le texte même du règlement ou qu'elle décide d'incorporer par renvoi un document, elle se doit de respecter les limites du cadre juridique du pouvoir réglementaire. Les questions de subdélégation ne sont pertinentes que dans le contexte de la portée du pouvoir conféré à une autorité réglementante dans un cas particulier.

40. Un autre argument qui va à l'encontre de la position du gouvernement est le fait que le Parlement a, dans de nombreuses lois, expressément conféré le pouvoir de prendre des règlements qui incorporent des documents externes « avec leurs modifications successives ». Par exemple, le paragraphe 32(5) de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, ch. 26, prévoit que l'incorporation d'un document par renvoi dans un règlement peut viser le document « avec ses modifications successives ». Accepter la position du ministère amènerait à conclure que cette disposition est tout à fait superflue. Or, il existe dans l'interprétation législative un principe reconnu selon lequel le législateur ne parle pas pour ne rien dire. Comme l'a précisé Sir Francis Bennion dans l'ouvrage intitulé *Statutory Interpretation* (2^e édition, p. 807), [traduction] « si un mot ou une expression apparaît dans [la] loi, il a été employé à une fin précise et il ne peut être ignoré ». Inversement, le fait de ne pas mettre dans une disposition des termes qui figurent dans d'autres dispositions semblables doit aussi être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer l'intention de la disposition où les termes ne figurent pas. En réponse à cela, le ministère de la Justice est apparemment de

conclusion should be drawn from the fact that many statutes expressly provide for the incorporation by reference of external materials as amended from time to time as past practice and precedents are said to be inconsistent and inconclusive. It is also the case that a number of provisions similar to section 32(5) of the *Canada Shipping Act, 2001* state that they are “for greater certainty”, a reference evidently intended to indicate that they are considered to clarify matters by expressly stating that which would be the case regardless. Many other such provisions, however, do not contain this phrase.

41. Nor, despite attestations to the contrary, has the Department of Justice been consistent in its view. While frequently asserting that materials that may legitimately be incorporated by reference may always be incorporated “as amended from time to time”, in other instances a contrary view is manifest. For example, in connection with the *British Columbia Vegetable Order*, the National Farm Products Council recently advised the Joint Committee that a proposed levies order made under that instrument had been returned by the Department of Justice because it included an open incorporation by reference, and the Department was of the view that such an incorporation by reference would be *ultra vires* the relevant enabling authority. At

l’avis qu’on ne devrait tirer aucune conclusion générale du fait que de nombreuses lois prévoient expressément l’incorporation par renvoi de documents externes avec leurs modifications successives, parce que les pratiques antérieures et les précédents manquent d’uniformité et ne sont pas concluants. Il existe également un certain nombre de dispositions libellées de façon semblable au paragraphe 32(5) de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, qui visent à marquer une insistance particulière par les mentions « il est entendu » ou « pour plus de certitude ». Ces mentions visent évidemment à indiquer qu’elles sont considérées comme une clarification énonçant ce dont il s’agit. Toutefois, de nombreuses autres dispositions semblables ne contiennent pas de telles mentions.

41. Même s’il prétend le contraire, le point de vue du ministère de la Justice n’a pas toujours été uniforme. Malgré le fait que le ministère a déclaré à maintes reprises que les documents pouvant légitimement être incorporés par renvoi peuvent toujours l’être « avec leurs modifications successives », il a exprimé une opinion contraire à d’autres moments. Par exemple, en ce qui concerne le *Décret sur les légumes de la Colombie-Britannique*, le Conseil national des produits agricoles a récemment avisé le Comité mixte qu’un projet de décret sur les prélèvements pris en vertu de ce texte a été renvoyé au ministère de la Justice parce qu’il contenait une incorporation par renvoi évolutif et que le ministère était d’avis qu’une telle incorporation serait contraire à la loi habilitante. Parallèlement, les

the same time, the legal advisors to the Department of Agriculture and Agri-Food were vehemently arguing that an identically worded provision in another enabling order made under the same statute did indeed permit open incorporation by reference. It has since been acknowledged that the Department's position on incorporation by reference has been contradictory.

42. As alluded to previously, it is not unusual for individual statutes to expressly grant power to make regulations incorporating external documents "as amended from time to time". In a number of jurisdictions, the further step has been taken of enacting a general rule governing open incorporation by reference. For example, at the federal level in Australia, the *Acts Interpretation Act, 1901* as amended in 1964 expressly provides that regulations may not incorporate material other than from another Act or regulation "as in force or existing from time to time". Similar provisions are found in the legislation of certain Australian states, while other states have legislated to expressly permit open incorporation by reference, either in all instances, or in defined circumstances.

43. This approach has also been taken at the provincial level in Canada. Since 2001 the Manitoba *Interpretation Act* has provided that the power to make regulations "respecting a matter" may be exercised by incorporating by reference

conseillers juridiques du ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire argumentaient énergiquement qu'une disposition libellée de la même façon dans un autre décret habilitant pris en vertu de la même loi permettait bel et bien l'incorporation par renvoi évolutif. On a depuis reconnu que la position du ministère de la Justice en matière d'incorporation par renvoi comporte des contradictions.

42. Comme il a déjà été mentionné, il n'est pas inhabituel que certaines lois accordent expressément le pouvoir de prendre des règlements qui incorporent des documents externes « avec leurs modifications successives ». Dans certains pays, on a franchi un pas de plus en édictant une règle générale régissant l'incorporation par renvoi. Par exemple, au niveau fédéral en Australie, la loi intitulée *Acts Interpretation Act, 1901*, dans sa version modifiée de 1964, prévoit expressément que les règlements ne peuvent incorporer des documents autres que des dispositions d'une autre loi ou d'un règlement [traduction] « dans sa version éventuellement modifiée ». Des dispositions semblables figurent dans les lois de certains États australiens, tandis que d'autres États ont légiféré pour autoriser expressément l'incorporation par renvoi évolutif dans tous les cas ou dans des circonstances particulières.

43. Cette approche a également été adoptée par certaines provinces canadiennes. Depuis 2001, au Manitoba, la *Loi d'interprétation* prévoit que le pouvoir de prendre des règlements « visant une question » peut être exercé par l'adoption,

codes or standards “as amended from time to time”. In contrast, the Ontario *Legislation Act, 2006* provides that a reference to a document incorporated by reference “is a reference to it as it read when the provision containing the reference was most recently enacted, made or amended.” In other words, incorporation by reference is to be static. This was apparently considered to reflect the existing state of the common law, recognizing that open incorporation by reference gives rise to the question of subdelegation, and must therefore be explicitly authorized. In 1995, a proposed new Regulations Act was tabled in Parliament that would have authorized the incorporation by reference of a document “as amended from time to time” unless another Act of Parliament expressed a contrary intention. (This too was claimed by the Department of Justice to represent a mere codification of the common law, although as has been seen, the Department’s view in this regard could be characterized as idiosyncratic.) The Bill, however, did not proceed past First Reading.

44. In assessing the desirability of this sort of blanket approach, it should be kept in mind that the incorporation by reference technique, when it provides for the incorporation of material as amended from time to time, means that Parliament's delegate is in effect permitted to select another person or agency to perform a part of its law-making power in its place. When a delegate incorporates not only an existing

en tout ou en partie, d'un code ou d'une norme qui peut être adopté « avec ses modifications ». Par contre, en Ontario, la *Loi de 2006 sur la législation* prévoit que le renvoi à un document incorporé par renvoi est « un renvoi à celui-ci tel qu'il existait lorsque la disposition comprenant le renvoi a été édictée, prise ou modifiée le plus récemment ». En d'autres termes, l'incorporation par renvoi est dans ce cas de nature statique. Cette approche était apparemment jugée correspondre à l'état de la common law, qui reconnaissait que l'incorporation par renvoi dynamique soulevait la question de la subdélégation et devait par conséquent être explicitement autorisée. En 1995, le projet de *Loi sur les règlements* a été déposé devant le Parlement, lequel aurait autorisé l'incorporation par renvoi d'un document « avec ses modifications successives », sauf indication contraire d'une autre loi fédérale. (Le ministère a également prétendu que cela aussi représentait une simple codification de la common law bien que, comme on l'a déjà mentionné, la position du ministère à cet égard pourrait être qualifiée de particulière.) Or, le projet de loi ne s'est pas rendu plus loin que l'étape de la première lecture.

44. Lorsqu'on évalue l'opportunité d'adopter ce genre d'approche générale, il faudrait se rappeler que la technique de l'incorporation par renvoi, lorsqu'elle permet l'incorporation de documents avec leurs modifications successives, signifie que le délégué du Parlement est en réalité autorisé à choisir une autre personne ou un autre organisme pour exercer à sa place une partie de son pouvoir de légiférer. Lorsque

document, but also future amendments to it, the delegate is effectively subdelegating the law-making power granted by Parliament to the person or body that will amend the material that is incorporated by reference. It could be argued that Parliament should retain control over the individual circumstances in which this authority to subdelegate is appropriately exercised. This would continue the approach whereby Parliament itself decides on a case-by-case basis, having regard to the nature of the legislation, when a regulation-making authority can referentially incorporate documents “as amended from time to time”. On the other hand, the conclusion could be reached that there can be little objection to the enactment of a general provision permitting open incorporation by reference so long as the incorporation by reference of material “as amended from time to time” is in relation to classes of documents or material that do not contain substantive provisions and is limited to open incorporation of such things as technical standards. What needs to be recognized, however, is that this would represent a substantive change to the law. Whether at the end of the day this is considered a desirable change or not, there is clearly a need to address in some manner the uncertainty and inconsistency that characterizes the use of the technique of incorporation by reference in federal legislation at present.

le délégué du Parlement incorpore non seulement un document existant, mais aussi les modifications subséquentes apportées à ce document, il subdélègue en fait le pouvoir de légiférer, que lui a conféré le Parlement, à la personne ou à l'organisme qui modifiera le document incorporé par renvoi. On pourrait avancer que le Parlement devrait avoir la mainmise sur les circonstances particulières dans lesquelles ce pouvoir de subdéléguer peut être convenablement exercé. Cela irait dans le sens de l'approche selon laquelle le Parlement décide lui-même au cas par cas, compte tenu de la nature de la loi en cause, dans quelles circonstances l'autorité réglementante peut, par renvoi, incorporer des documents « avec leurs modifications successives ». D'un autre côté, on pourrait tirer la conclusion qu'il y aurait peu d'opposition à l'édiction d'une disposition générale permettant l'incorporation par renvoi évolutif, à condition que l'incorporation par renvoi de documents « avec leurs modifications successives » ait trait à des catégories de documents ou de textes qui ne contiennent pas de dispositions de fond et qu'elle se limite à l'incorporation de textes tels que des normes techniques. Ce qui doit être reconnu, cependant, est que cela représenterait une modification de fond au droit. Que cette modification soit ou non jugée souhaitable en fin de compte, il est clairement nécessaire de s'occuper de l'incertitude et du manque d'uniformité que représente à l'heure actuelle l'utilisation de la technique de l'incorporation par renvoi dans les lois fédérales.

45. Of course, incorporation by reference also gives rise to concerns relating to accessibility to the law, in that although incorporated material becomes part of the regulations, the actual text of that material must be found elsewhere. Such concerns are heightened where material is incorporated “as amended from time to time”, in that members of the public may have difficulty ascertaining precisely what the current version is at a particular point in time. Where open incorporation by reference is to be permitted, provisions should also be put in place to require the regulation-maker to ensure that the current version of an incorporated document is readily available to the public, as are all previous versions that were previously incorporated.

46. In conclusion, the Joint Committee has not been presented with any convincing argument that would lead to a conclusion that the incorporation by reference of external documents “as amended from time to time” is acceptable other than where Parliament has authorized the use of such a device, either explicitly or by necessary implication. In addition, the Joint Committee cannot but also conclude that in light of the foregoing discussion, the incorporation of external material into regulations “as amended from time to time” should, in the absence of clear authority, be seen to be illegal.

47. The Joint Committee is convinced that any attempt to import constitutional law principles developed in connection

45. Bien entendu, l'incorporation par renvoi soulève aussi des préoccupations en matière d'accès au droit; en effet, bien que le document incorporé fasse partie du règlement, le texte comme tel n'est pas reproduit dans le règlement. Ces préoccupations sont encore plus vives dans les cas où le document est incorporé « avec ses modifications successives », puisque les justiciables pourront trouver difficile de déterminer avec exactitude la version qui s'applique à une date donnée. Lorsque l'incorporation par renvoi évolutif est permise, des dispositions devraient être prises pour exiger de l'autorité réglementante qu'elle veille à ce que la version à jour du document incorporé, ainsi que toutes ses versions antérieures également incorporées, soient facilement accessibles au public.

46. Pour résumer, le Comité mixte ne s'est vu présenter aucun argument convaincant qui amènerait à conclure que l'incorporation par renvoi de documents externes « avec leurs modifications successives » est acceptable, sauf dans les cas où le Parlement autorise, expressément ou par implication nécessaire, l'utilisation de cette technique. En outre, le Comité mixte se doit de conclure, à la lumière de l'exposé qui précède, que l'incorporation par renvoi de documents externes « avec leurs modifications successives » dans les règlements devrait, en l'absence d'une habilitation expresse, être considérée comme illégale.

47. Le Comité mixte est convaincu que toute tentative d'importer les principes de droit constitutionnel applicables au partage

with the division of legislative powers between the federal Parliament and the provincial legislatures or constitutional language requirements into the area of incorporation by reference in subordinate legislation is largely misguided. There is no doubt that open incorporation by reference is constitutionally permitted. This is also quite beside the point. As concerns the exercise of regulation-making powers, the only relevant issue is whether in each specific instance the delegate has been given the power to make open incorporations by reference.

48. It has always been the view of the Joint Committee that the incorporation by reference of external material into regulations “as amended from time to time” amounts to a subdelegation of regulation-making power, in that it will be the body amending the incorporated material, and not the authority on whom the power to make the regulations has been conferred, who will determine the content of the regulations. For this reason, the incorporation by reference of external documents “as amended from time to time” is only permitted where Parliament has authorized the use of such a device, either explicitly or by necessary implication. This constraint preserves Parliament’s choices as to the delegate and the form of the regulatory measures which may be taken under the delegated authority. The question is not whether this constitutes a subdelegation, but rather whether such a subdelegation has been authorized by Parliament in each particular instance.

des pouvoirs législatifs entre le Parlement du Canada et les assemblées législatives provinciales, ou aux exigences linguistiques constitutionnelles, dans le domaine de l’incorporation par renvoi est en grande partie erronée. Il ne fait aucun doute que l’incorporation par renvoi évolutif est permise sur le plan constitutionnel. Mais là n’est pas la question. En ce qui a trait à l’exercice des pouvoirs réglementaires, la seule question qui se pose est de savoir si, dans chaque cas particulier, le délégataire s’est vu accorder le pouvoir de procéder à l’incorporation par renvoi évolutif.

48. Le Comité mixte a toujours été d’avis que l’incorporation par renvoi d’un document externe « avec ses modifications successives » dans un règlement équivalait à une subdélégation du pouvoir réglementaire, car c’est le tiers modifiant le texte incorporé, plutôt que l’autorité investie du pouvoir de prendre le règlement, qui déterminera le contenu du règlement. Par conséquent, l’incorporation par renvoi de documents externes « avec leurs modifications successives » n’est acceptable que si le Parlement a autorisé l’utilisation de cette technique de façon expresse ou par implication nécessaire. Cette contrainte assure le maintien du choix du délégataire par le Parlement et de la forme des mesures réglementaires pouvant être prises en vertu des pouvoirs délégués. Il ne s’agit pas ici de déterminer si cela constitue ou non une subdélégation, mais plutôt de savoir si cette subdélégation a ou non été autorisée par le Parlement dans chaque cas particulier.

49. In accordance with Standing Order 109 of the House of Commons, the Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulations requests the Government to table a comprehensive response to this Report in the House of Commons.

A copy of the relevant Minutes of Proceedings and Evidence (*Issue No. 3*, Second Session, Thirty-ninth Parliament) is tabled in the House of Commons.

Respectfully submitted,

49. En application de l'article 109 du Règlement de la Chambre des communes, le Comité mixte permanent d'examen de la réglementation demande au gouvernement de déposer à la Chambre des communes une réponse globale au présent rapport.

Un exemplaire des Procès-verbaux et témoignages pertinents (N^o 3, 2^e session, 39^e législature) est déposé à la Chambre des communes.

Respectueusement soumis,

Les coprésidents

Senator J. Trevor Eyton

Derek Lee, M.P.

Joint Chairmen

APPENDIX / ANNEXE

Executive Summary / Sommaire exécutif

It is the position of the Joint Committee that absent an express grant of authority or a clear indication to the contrary in the enabling statute, the incorporation by reference in regulations of external material is proper only where a fixed text is incorporated, as opposed to a text “as amended from time to time”.

This view is rooted in the rule against subdelegation, which reflects the principle that a person to whom a power to legislate has been delegated may not redelegate that power to someone else unless clearly authorized to do so by law. It has always been the view of the Committee that the incorporation by reference of external material into regulations “as amended from time to time” amounts to a subdelegation of regulation-making power. This is so given that the body amending the incorporated material will determine the content of the regulations, and not the authority on whom the power to make the regulations has been conferred.

The current position adopted by the Department of Justice is apparently that open incorporation by reference involves no element of subdelegation of legislative powers. This conclusion seems to be drawn chiefly from an analysis of certain

Le Comité mixte est d’avis qu’en l’absence d’une délégation expresse de pouvoir ou d’indication claire du contraire dans la loi habilitante, l’incorporation par renvoi d’un document externe dans un règlement est justifiée seulement lorsque c’est la version à une date donnée du document qui est incorporée, par opposition à la version « avec ses modifications successives ».

Ce point de vue s’inspire de la règle interdisant la subdélégation, qui correspond au principe juridique selon lequel la personne à qui un pouvoir législatif a été délégué ne peut à son tour le déléguer à un tiers, sauf si la loi l’y autorise clairement. La position du Comité a toujours été que l’incorporation par renvoi d’un document externe « avec ses modifications successives » dans un règlement équivaut à une subdélégation du pouvoir réglementaire, étant donné que ce sera l’organisme modifiant le document incorporé, et non le titulaire du pouvoir réglementaire, qui déterminera le contenu du règlement.

Il semblerait que la position actuelle du ministère de la Justice est que l’incorporation par renvoi à caractère évolutif ne comporte aucun élément de subdélégation de pouvoirs législatifs. Cette conclusion semble être principalement

court decisions of the Supreme Court of Canada concerning the “inter-delegation” of powers between the federal and provincial governments and concerning constitutional language requirements.

As used in constitutional law, “delegation” refers to the delegation of federal power to the provinces, or of provincial power to the federal level of government. Such a delegation of legislative power has been held by the courts to be unconstitutional on the ground that it disturbs the allocation of powers between the federal and provincial governments. In the context of subordinate legislation, however, the notion of subdelegation is concerned with the relationship between the delegate possessing regulation-making powers and the authority that has delegated these powers. A delegate can only possess those powers conferred on it by the delegator. There can be no doubt that a delegator may confer on its delegate the power to in turn subdelegate the power to someone else. The question to be answered in each instance is whether there has in fact been a conferral of such a power. Issues of subdelegation are merely aspects of the broad question of whether a delegate is acting within the scope of the delegate's authority.

It has also been claimed that the conferral of a power to make regulations in all instances carries with it the power to incorporate by reference external materials as they are amended from time to time. Support for this is said to be found in the judgment of the Supreme Court of

fondée sur une analyse de certains arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur l’«interdélégation» de pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux ainsi que sur les exigences linguistiques constitutionnelles.

Dans le contexte du droit constitutionnel, le terme «délégation» s’entend de la délégation de pouvoirs fédéraux aux provinces ou de la délégation de pouvoirs provinciaux au gouvernement fédéral. Une telle délégation de pouvoirs législatifs a été jugée inconstitutionnelle par les tribunaux au motif qu’elle altère la division des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Dans le contexte de la législation déléguée, la notion de subdélégation vise le rapport entre le délégataire qui est titulaire des pouvoirs réglementaires et l’autorité qui lui a délégué ces pouvoirs. Le délégataire ne dispose que des pouvoirs conférés par le délégant. Il ne fait aucun doute que le délégant peut conférer au délégataire le pouvoir de déléguer à son tour des pouvoirs à un tiers. La question qui se pose dans chaque cas particulier est celle de savoir si un tel pouvoir a effectivement été conféré. Les questions de subdélégation sont simplement des facettes de la grande question de savoir si le délégataire agit dans les limites de ses pouvoirs.

On a aussi prétendu que l’attribution d’un pouvoir réglementaire comporte, dans tous les cas, le pouvoir d’incorporation par renvoi de documents externes avec leurs modifications successives. Ce point de vue trouverait appui dans le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans

Canada in *Reference re Manitoba Language Rights*, a case dealing with the application of constitutional language requirements to referentially incorporated documents. The Department of Justice has argued that the same grounds justifying the incorporation by reference of existing material in only one official language will also justify the open incorporation by reference of external material in regulations, regardless of the terms of the relevant enabling powers. This ascribes to the reasoning of the Court a scope it simply does not have.

Several other court decisions have been cited which are claimed to lend support to the position advanced on behalf of the government. None of these can be taken as standing for the proposition that in every case a delegate may use open referential incorporation. It should be emphasized as well that there are Canadian court decisions which have held that an ambulatory incorporation by reference did constitute an unlawful subdelegation of authority.

Moreover, in a great many statutes Parliament has expressly conferred the power to make regulations incorporating external documents “as amended from time to time”. Accepting the position advanced by the Department would lead to the conclusion that this provision is completely unnecessary.

l'affaire *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*. Il s'agit d'une instance concernant le respect des exigences linguistiques constitutionnelles dans les documents incorporés par renvoi. Le ministère de la Justice a soutenu que les mêmes motifs qui justifieraient l'incorporation par renvoi de documents externes établis dans une seule langue officielle justifieraient aussi l'incorporation par renvoi évolutif de documents externes dans les règlements, indépendamment du libellé de la disposition habilitante applicable. C'est accordé au raisonnement de la Cour une portée qu'il n'a tout simplement pas.

Plusieurs décisions judiciaires qui s'ajoutent à celles déjà mentionnées ont été citées au soutien de la position du gouvernement. Aucune ne peut servir à soutenir la thèse voulant que le délégataire puisse avoir recours à l'incorporation par renvoi évolutif dans tous les cas. Il importe également de souligner qu'il existe des décisions de tribunaux canadiens qui ont reconnu qu'une incorporation par renvoi évolutif constituait une subdélégation illégale de pouvoirs.

Un autre argument qui va à l'encontre de la position du gouvernement est le fait que le Parlement a, dans de nombreuses lois, expressément conféré le pouvoir de prendre des règlements qui incorporent des documents externes « avec leurs modifications successives ». Accepter la position du ministère amènerait à conclure que cette disposition est tout à fait superflue.

The Joint Committee can only conclude that the incorporation of external material into regulations “as amended from time to time” should, in the absence of clear authority, be seen to be illegal. The only relevant issue is whether in each specific instance the delegate has been given the power to make open incorporations by reference. The question is not whether this constitutes a subdelegation, but rather whether such a subdelegation has been authorized by Parliament.

It is not unusual for individual statutes to expressly grant power to make regulations incorporating external documents “as amended from time to time”. In a number of jurisdictions, the further step has been taken of enacting a general rule permitting open incorporation by reference. Other jurisdictions have legislated to expressly prohibit open incorporation by reference in the absence of explicit authority. In assessing the desirability of this sort of blanket approach, it should be kept in mind that incorporation by reference, when it provides for the incorporation of material as amended from time to time, means that Parliament's delegate is in effect permitted to select another person or agency to perform a part of its law-making power in its place. On the other hand, the conclusion could be reached that there can be little objection to the enactment of a general provision permitting open incorporation by reference so long as the incorporation by reference of material “as amended from time to time” is in relation to classes of documents or

Le Comité mixte se doit de conclure que l'incorporation par renvoi de documents externes « avec leurs modifications successives » dans les règlements devrait, en l'absence d'une habilitation expresse, être considérée comme illégale. La seule question qui se pose est de savoir si, dans chaque cas particulier, le délégataire s'est vu accorder le pouvoir de procéder à l'incorporation par renvoi évolutif. Il ne s'agit pas de savoir si cela constitue une subdélégation, mais plutôt de savoir si le Parlement a autorisé une telle subdélégation.

Il n'est pas inhabituel que certaines lois accordent expressément le pouvoir de prendre des règlements qui incorporent des documents externes « avec leurs modifications successives ». Dans certains pays, on a franchi un pas de plus en édictant une règle générale permettant l'incorporation par renvoi. D'autres pays ont légiféré pour interdire expressément l'incorporation par renvoi évolutif en l'absence d'une autorisation explicite. Lorsqu'on évalue l'opportunité d'adopter ce genre d'approche générale, il faudrait se rappeler que la technique de l'incorporation par renvoi, lorsqu'elle permet l'incorporation de documents avec leurs modifications successives, signifie que le délégué du Parlement est en réalité autorisé à choisir une autre personne ou un autre organisme pour exercer à sa place une partie de son pouvoir de légiférer. D'un autre côté, on pourrait tirer la conclusion qu'il y aurait peu d'opposition à l'édition d'une disposition générale permettant l'incorporation par renvoi

material that do not contain substantive provisions and is limited to open incorporation of such things as technical standards.

Incorporation by reference also gives rise to concerns relating to accessibility to the law, in that although incorporated material becomes part of the regulations, the actual text of that material must be found elsewhere. Such concerns are heightened where material is incorporated “as amended from time to time”, in that members of the public may have difficulty ascertaining precisely what the current version is at a particular point in time. Where open incorporation by reference is to be permitted, provisions should also be put in place to require the regulation-maker to ensure that the current version of an incorporated document is readily available to the public, as are all previous versions that were incorporated.

évolutif, à condition que l’incorporation par renvoi de documents « avec leurs modifications successives » ait trait à des catégories de documents ou de textes qui ne contiennent pas de dispositions de fond et qu’elle se limite à l’incorporation de textes tels que des normes techniques.

L’incorporation par renvoi soulève aussi des préoccupations en matière d’accès au droit; en effet, bien que le document incorporé fasse partie du règlement, le texte comme tel n’est pas reproduit dans le règlement. Ces préoccupations sont encore plus vives dans les cas où le document est incorporé « avec ses modifications successives », puisque les justiciables pourront trouver difficile de déterminer avec exactitude la version qui s’applique à une date donnée. Lorsque l’incorporation par renvoi évolutif est permise, des dispositions devraient être prises pour exiger de l’autorité réglementante qu’elle veille à ce que la version à jour du document incorporé, ainsi que toutes ses versions antérieures également incorporées, soient facilement accessibles au public.