

A-869-88

A-869-88

In the Matter of the *Canada Labour Code***Affaire intéressant le *Code canadien du travail*****And in the Matter of the *State Immunity Act******a* Et la *Loi sur l'immunité des États*****And in the Matter of a Reference by the Canada Labour Relations Board pursuant to subsection 28(4) of the *Federal Court Act*****Et un renvoi soumis par le Conseil canadien des relations de travail en conformité avec le paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale***

INDEXED AS: CANADA LABOUR CODE (CAN.) (RE) (C.A.)

***b* RÉPERTORIÉ: CODE CANADIEN DU TRAVAIL (CAN.) (RE) (C.A.)**

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Mahoney and Stone J.J.A.—Ottawa, June 13 and August 9, 1989.

Cour d'appel, juge en chef Iacobucci, juges Mahoney et Stone, J.C.A.—Ottawa, 13 juin et 9 août 1989.

International law — Sovereign immunity — U.S.A. claiming immunity under State Immunity Act, s. 3 with respect to certification application filed by Union on behalf of Canadian civilians employed at its naval base at Argentia, Newfoundland — Foreign state cannot claim immunity if explicit waiver of right to sovereign immunity or if proceedings relating to commercial activity of foreign state — Subscription to North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement not explicit submission to jurisdiction of Canadian courts — Implicit in definition of "commercial activity" that one look to nature of activity rather than to purpose — Certification proceeding involving contracts of employment, entry into which commercial in nature — Result disturbing as could mean loss of dignity if foreign state compelled by domestic tribunal to bargain over conditions of employment — Problem avoidable by legislative amendment.

c *Droit international — Immunité de juridiction — Les É.-U. ont réclamé l'immunité de juridiction prévue à l'art. 3 de la Loi sur l'immunité des États relativement à une demande d'accréditation déposée par un syndicat au nom de civils canadiens travaillant à sa base navale d'Argentia (Terre-Neuve) — L'État étranger ne peut pas réclamer l'immunité de juridiction s'il renonce de façon expresse à l'immunité souveraine ou dans les actions qui portent sur des activités commerciales — L'adhésion à la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord ne constitue pas une soumission expresse à la juridiction des tribunaux canadiens — La définition de l'expression «activité commerciale» indique implicitement qu'on se reporte au caractère des activités plutôt qu'à leur but — Une requête en accréditation porte sur des contrats de travail dont la passation est commerciale de par sa nature — La conclusion est embarrassante car elle pourrait signifier une atteinte à la dignité de l'État étranger si celui-ci est contraint par un tribunal national de négocier au sujet des conditions de travail — Ce problème pourrait être évité par une modification législative.*

Labour relations — Union seeking certification as bargaining agent for Canadian civilians employed at American naval base in Newfoundland — Certification proceedings conduct "relating to any commercial activity" of foreign state — U.S.A. precluded from claiming state immunity by State Immunity Act, s. 5.

g *Relations du travail — Un syndicat a demandé à être accrédité comme agent négociateur de civils canadiens travaillant à une base navale américaine située à Terre-Neuve — Une requête en accréditation est un acte «qui porte sur des activités commerciales» — Les É.-U. ne pouvaient pas réclamer l'immunité de juridiction en vertu de l'art. 5 de la Loi sur l'immunité des États.*

This was a reference to determine whether the Canada Labour Relations Board erred in finding that the United States of America could not claim state immunity under section 3, *State Immunity Act* with respect to an application for certification filed on behalf of Canadian civilians employed by the U.S. Department of Defence at its military base at Argentia, Newfoundland. Some 60 Canadians work at the base as firefighters and maintenance personnel. The Union sought certification under the *Canada Labour Code* as bargaining agent for those employees. A foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada (*State Immunity Act*, section 3), except when it waives immunity by explicitly submitting to the jurisdiction of the court (section 4), or if the proceedings relate to any commercial activity of the foreign state (section 5). "Commercial activity" is defined as any conduct that by reason of its nature is of a commercial character. The Board applied the commercial activity test developed by American courts (if the

h *Il s'agissait d'un renvoi pour déterminer si le Conseil canadien des relations de travail a commis une erreur en statuant que les États-Unis d'Amérique ne pouvaient pas réclamer l'immunité de juridiction prévue à l'article 3 de la Loi sur l'immunité des États relativement à une demande d'accréditation déposée au nom de civils canadiens travaillant pour le ministère de la Défense des É.-U. à sa base militaire d'Argentia (Terre-Neuve). Environ 60 Canadiens travaillent à la base à titre de pompiers et d'employés d'entretien. Le Syndicat a demandé à être accrédité en vertu du Code canadien du travail comme agent négociateur de ces employés. L'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada (article 3 de la Loi sur l'immunité des États), sauf lorsqu'il renonce à l'immunité en se soumettant de façon expresse à la juridiction du tribunal (article 4) ou dans les actions qui portent sur des activités commerciales (article 5). «Activité commerciale» s'entend de tout acte qui revêt un*

activity is one in which a private person could engage, it is not entitled to immunity) and found that the contract of employment constituted a commercial activity. The issues were whether the U.S.A. had waived immunity and, if not, whether the certification proceeding was a commercial activity. The Union argued that the U.S.A. had waived immunity by signing the 1951 North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement, which provides that local civilian labour requirements shall be satisfied in the same way as the comparable requirements of the receiving state.

Held, state immunity could not be claimed.

Per Iacobucci C.J. (Stone J.A. concurring): Signing the North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement did not amount to explicit submission to the jurisdiction of Canadian courts.

The reference in the definition of "commercial activity" to any transaction, act or conduct that by reason of its nature is of a commercial character suggests a narrower scope for immunity than if it referred to the purpose of the activity. The American definition expressly mentions the nature of the course of conduct, but continues "rather than by reference to its purpose". The Canadian definition implicitly conveys the same meaning, i.e. one looks to the nature of the transaction or activity, not to its purpose. Looking to purpose would tend to introduce a recognition of the wider net of immunity afforded under the traditional absolute theory, which could lead to defeating the statutory objective of adopting a restrictive approach to immunity as reflected in the *State Immunity Act*. The nature of the transaction (employment contracts) was commercial and the certification proceedings before the Board related to that commercial activity within section 5 of the *State Immunity Act*. Although the purpose of the employment contracts was to further state or public objects of the United States by operating a naval base, the Act does not countenance the purpose of the state's activity but rather compels focus on the nature of the alleged commercial activity.

Per Mahoney J.A. (Stone J.A. concurring): In recent years there has been a move away from absolute sovereign immunity from the jurisdiction of common law courts to a more restrictive concept. Canada, the U.S.A. and Great Britain codified that restrictive concept more or less contemporaneously. The British legislation by its terms, and the American legislation by externally stated legislative intent exclude sovereign immunity in respect of employment of their citizens or residents within their territories by foreign states. American courts have been given effect to that legislative intent. Contracts for the purchase of goods or services and contracts of employment should receive the same treatment for the purposes of the *State Immunity Act*. A certification proceeding relates to the employment of members of the proposed bargaining unit under contracts of service, entry into which is conduct of a commercial character on the part of the U.S.A. Invocation of state immunity in this case could be rationalized only if one looked

caractère commercial de par sa nature. Le Conseil a appliqué le critère de l'activité commerciale formulé par les tribunaux américains (s'il s'agit d'une activité dans laquelle un particulier pourrait être engagé, il n'a pas droit à l'immunité de juridiction) et a jugé que le contrat de travail constituait une activité commerciale. Il s'agissait de savoir si les États-Unis avaient renoncé à l'immunité de juridiction et, si tel n'était pas le cas, si la requête en accréditation constituait une activité commerciale. Le Syndicat a soutenu que les É.-U. avaient renoncé à l'immunité de juridiction en signant la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord de 1951, qui prévoit que les besoins locaux en main-d'œuvre civile sont satisfaits de la même manière que ceux des services analogues de l'État de séjour.

Arrêt: l'immunité de juridiction ne pouvait pas être réclamée.

Le juge en chef Iacobucci (motifs concourants du juge Stone, J.C.A.): La signature de la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord n'équivalait pas à une soumission expresse à la juridiction des tribunaux canadiens.

La mention, dans la définition de l'activité commerciale, de tout acte qui de par sa nature revêt un caractère commercial laisse croire à une portée plus limitée de l'immunité que si on parlait de but de l'activité. La définition américaine fait mention expressément de la nature de l'activité, mais elle continue avec l'expression «plutôt qu'en fonction de son but». La définition canadienne véhicule implicitement le même sens, c.-à-d. qu'on se reporte au caractère des opérations ou des activités, non à leur but. Tenir compte du but, ce serait faire jouer le genre d'immunité plus large accordée en vertu de la théorie absolue traditionnelle, ce qui pourrait venir contrer le but visé par la loi en adoptant une approche limitative de l'immunité comme il ressort de la *Loi sur l'immunité des États*. Le caractère de l'opération (contrats de travail) était commercial, et la requête en accréditation dont le Conseil avait été saisi portait sur cette activité commerciale au sens de l'article 5 de la *Loi sur l'immunité des États*. Bien que les contrats de travail eussent pour but d'aider à la réalisation des objectifs publics des États-Unis dans l'exploitation d'une base navale, la Loi ne sanctionne pas le but de l'activité de l'État mais nous oblige plutôt à nous concentrer sur le caractère de la prétendue activité commerciale en question.

Le juge Mahoney, J.C.A. (motifs concourants du juge Stone, J.C.A.): Ces dernières années, on est passé d'une immunité absolue de juridiction devant les tribunaux de *common law* à une notion plus restreinte. Le Canada, les É.-U. et la Grande-Bretagne ont, plus ou moins à la même époque, codifié cette notion restreinte. La loi britannique, par son libellé même, et la loi américaine, d'après l'intention du législateur mentionnée ailleurs, excluent l'immunité souveraine en ce qui concerne l'embauchage de leurs citoyens ou de leurs résidents à l'intérieur de leurs territoires par des États étrangers. Les tribunaux américains ont donné effet à cette intention du législateur. Il faut accorder le même traitement aux contrats d'achat de biens ou de services et aux contrats de travail aux fins de la *Loi sur l'immunité des États*. Une requête en accréditation porte sur le travail des membres de l'unité de négociation projetée en vertu des contrats de services dont la passation constitue de la part des É.-U. un acte qui revêt un caractère commercial. C'est seulement si l'on regardait au-delà de la nature du travail afin de découvrir son objectif général—satisfaire les besoins en défense des É.-U.—qu'on pourrait, en l'espèce, rationaliser le recours à l'immunité des États.

beyond the nature of the employment to its broad purpose—to serve American defence requirements.

This conclusion was disturbing in that the sovereign dignity of a foreign state could be compromised if a domestic tribunal can compel it to bargain over conditions of employment and impose those conditions. The rationale behind state immunity is the avoidance of embarrassment of functions and loss of dignity. That problem was, however, outside the narrow scope of this reference. Parliament would have to amend the *State Immunity Act* if Board jurisdiction in cases such as this is to be abrogated.

défense des É.-U.—qu'on pourrait, en l'espèce, rationaliser le recours à l'immunité des États.

La conclusion était embarrassante en ce sens que la dignité souveraine d'un État étranger pourrait être mise en cause si un tribunal national pouvait l'obliger à négocier au sujet des conditions de travail et imposer ces conditions. Le recours à l'immunité souveraine vise à éviter de gêner les États dans leurs fonctions et de porter atteinte à leur dignité. Ce problème dépassait cependant la portée limitée du présent renvoi. Le Parlement devra modifier la *Loi sur l'immunité des États* pour que puisse être invoquée l'immunité de juridiction devant le Conseil dans les affaires du genre de celle dont nous étions saisis.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the status of their forces, June 19, 1951, 199 U.N.T.S. 67, art. 4.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 48, 80.
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891 (1976), s. 1603(d).
State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18, ss. 2, 3(1), 4(1), (2)(a), 5.
State Immunity Act 1978 (U.K.), 1978, c. 33, s. 4(1), (6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Goethe House New York, German Cultural Center v N.L.R.B., 869 F.2d 75 (2d Cir. 1989); revg 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988); *The Charkieh* (1873), L.R. 4 Ad. & Ec. 59.

CONSIDERED:

I Congreso del Partido, [1981] 2 All ER 1064 (H.L.); *Texas Trading & Mill Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (2d Cir., 1981).

REFERRED TO:

Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne, [1971] S.C.R. 997; 22 D.L.R. (3d) 669; *Lorac Transport Ltd. v. Atra (The)*, [1987] 1 F.C. 108; (1986), 28 D.L.R. (4th) 309; 69 N.R. 183 (C.A.); *Saint John, The Municipality of the City and County of, et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.*, [1958] S.C.R. 263.

AUTHORS CITED

Crawford, James "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions" *The British Yearbook of International Law 1983*, Oxford: Clarendon Press, 1984.
 Emanuelli, C. "L'immunité souveraine et la coutume internationale de l'immunité absolue à l'immunité relative" (1984), 22 *Can. Y.B. Int'l L.* 26.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 48, 80.
Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, 19 juin 1951, 199 R.U.R.T. 67, art. 4.
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 stat. 2891 (1976), art. 1603d).
Loi sur l'immunité des États, L.R.C. (1985), chap. S-18, art. 2, 3(1), 4(1), (2)a), 5.
State Immunity Act 1978 (R.-U.), 1978, chap. 33, art. 4(1), (6).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Goethe House New York, German Cultural Center v N.L.R.B., 869 F.2d 75 (2d Cir. 1989); infirmant 685 F. Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988); *The Charkieh* (1873), L.R. 4 Ad. & Ec. 59.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

I Congreso del Partido, [1981] 2 All ER 1064 (H.L.); *Texas Trading & Mill Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (2d Cir., 1981).

DÉCISIONS CITÉES:

Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne, [1971] R.C.S. 997; 22 D.L.R. (3d) 669; *Lorac Transport Ltd. c. Atra (Le)*, [1987] 1 C.F. 108; (1986), 28 D.L.R. (4th) 309; 69 N.R. 183 (C.A.); *Saint John, The Municipality of the City and County of, et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.*, [1958] R.C.S. 263.

DOCTRINE

Crawford, James «International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions» *The British Yearbook of International Law 1983*, Oxford: Clarendon Press, 1984.
 Emanuelli, C. «L'immunité souveraine et la coutume internationale de l'immunité absolue à l'immunité relative» (1984), 22 *A.C.D.I.* 26.

Molot, H.L. and Jewett, M.L. "The State Immunity Act of Canada" (1982), 20 *Can. Y.B. Int'l L.* 79.
 United States. House Report No. 94-1487, Congressional Record, Vol. 122.
 Williams, S.A. and de Mestral, A.L.C. *An Introduction to International Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987. *a*

Molot, H.L. et Jewett, M.L. «The State Immunity Act of Canada» (1982), 20 *A.C.D.I.* 79.
 United States. House Report No. 94-1487, Congressional Record, Vol. 122.
 Williams, S.A. et de Mestral, A.L.C. *An Introduction to International Law*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1987.

COUNSEL:

H. Scott Fairley for Canada Labour Relations Board. *b*
Ronald A. Pink and *Ronald Pizzo* for Public Service Alliance of Canada.
Brian A. Crane, Q.C. for Government of the United States.
Edward R. Sojonky, Q.C. for Attorney General of Canada. *c*

AVOCATS:

H. Scott Fairley pour le Conseil canadien des relations de travail.
Ronald A. Pink et *Ronald Pizzo* pour l'Alliance de la Fonction publique du Canada.
Brian A. Crane, c.r. pour le gouvernement des États-Unis.
Edward R. Sojonky, c.r. pour le procureur général du Canada.

SOLICITORS:

Lang, Michener, Lash, Johnston, Toronto, for Canada Labour Relations Board. *d*
Patterson, Kitz, Halifax, for Public Service Alliance of Canada.
Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for Government of the United States. *e*
Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

PROCUREURS:

Lang, Michener, Lash, Johnston, Toronto, pour le Conseil canadien des relations de travail.
Patterson, Kitz, Halifax, pour l'Alliance de la Fonction publique du Canada.
Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le gouvernement des États-Unis.
Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada.

The following are the reasons for decision rendered in English by *f*

IACOBUCCI C.J.: I have had the benefit of reading the reasons of my brother Mahoney J.A. and agree with those reasons and with the conclusion that he arrives at, namely, the United States of America ("United States") cannot claim state immunity under the *State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18 (the "SIA") with respect to the application for certification filed by The Public Service Alliance of Canada (the "Union") under the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 on behalf of certain Canadian civilians employed at the United States naval base at Argentia, Newfoundland. However, I wish to add some comments of my own but in doing so will not refer to the general background that has been well described by Mr. Justice Mahoney. *i*

With respect to the issue of whether or not the United States has waived immunity within the *j*

Ce qui suit est la version française des motifs de la décision rendus par

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Mahoney, J.C.A., et j'y souscris ainsi qu'à la conclusion à laquelle il aboutit, à savoir que les États-Unis d'Amérique (les «États-Unis») ne peuvent pas réclamer l'immunité de juridiction prévue par la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), chap. S-18 (la «LIÉ») relativement à la demande d'accréditation déposée par l'Alliance de la Fonction publique du Canada (le «Syndicat») en vertu du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2 au nom d'un certain nombre de civils canadiens travaillant à la base navale américaine d'Argentia (Terre-Neuve). Je voudrais toutefois ajouter quelques observations personnelles, mais ce faisant je ne parlerai pas de l'état général de la question, que le juge Mahoney a bien exposé.

Quant à savoir si les États-Unis ont renoncé ou non à l'immunité au sens de la LIÉ, et notamment

meaning of the SIA, particularly paragraph 4(2)(a) thereof, I agree with Mahoney J.A. that the Board was correct in finding there had been no waiver. The Union argued that the United States' signing the 1951 North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement [*Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the status of their forces*, June 19, 1951, 199 U.N.T.S. 67] amounted to an explicit submission to the jurisdiction of Canadian courts. I cannot agree. At best, subscribing to the provisions of the Status of Forces Agreement may amount to an implicit waiver but paragraph 4(2)(a) of the SIA requires explicit submission to the jurisdiction of the court and I do not find anything in the provisions of the Status of Forces Agreement that constitutes explicit submission to judicial or adjudicative jurisdiction. Consequently, the Union's argument on waiver fails.

The more difficult issue by far in this reference centres on the question whether the matters over which the Board has exercised its jurisdiction "relate to any commercial activity of the foreign state" within the meaning of section 5 of the SIA which provides:

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

Section 2 of the SIA defines "commercial activity" to mean:

... any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character;

The Board found that commercial activity was present and I agree, but, as I shall mention below, I have some doubt on the reasoning underlying the Board's conclusion on this issue.

I need not dwell at length on the doctrine of state or sovereign immunity under public international law or whether Canadian courts favoured a restrictive approach to such immunity prior to the

de son alinéa 4(2)a), je suis d'accord avec le juge Mahoney, J.C.A., pour dire que le Conseil a eu raison de statuer qu'il n'y avait pas eu renonciation. Le Syndicat a soutenu que la signature par les États-Unis de la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord de 1951 [*Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces*, 19 juin 1951, 199 R.U.R.T. 67] équivalait à une soumission expresse à la juridiction des tribunaux canadiens. Je ne puis souscrire à cette allégation. Le fait de souscrire aux dispositions de la Convention sur le statut des forces peut équivaloir tout au plus à une renonciation implicite, mais l'alinéa 4(2)a) de la LIÉ exige la soumission expresse à la juridiction du tribunal et je ne décèle rien dans les dispositions de la Convention sur le statut des forces qui constitue une soumission expresse à la juridiction des organismes judiciaires ou quasi judiciaires. Par conséquent, l'allégation du Syndicat au sujet de la renonciation ne tient pas.

Dans le présent renvoi, la question de loin la plus difficile est de savoir si les affaires sur lesquelles le Conseil a exercé sa compétence «portent sur des activités commerciales» de l'État étranger au sens de l'article 5 de la LIÉ, qui prévoit:

5. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales.

L'article 2 de la LIÉ définit ainsi l'expression «activité commerciale»:

... Toute poursuite normale d'une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature.

Le Conseil a jugé qu'il y avait activité commerciale et je suis d'accord, mais, ainsi que je le mentionnerai plus loin, j'entretiens des doutes quant au raisonnement qui sous-tend la conclusion du Conseil sur ce point.

Je n'ai pas besoin de m'étendre sur la doctrine de l'immunité souveraine ou des États selon le droit international public ou sur la question de savoir si les tribunaux canadiens ont favorisé une approche limitative à l'égard de cette immunité

enactment of the SIA.¹ Suffice it to say that under the traditional principle of sovereign immunity, each state ensured that no foreign state would be impleaded in its domestic legal processes except with the consent of the foreign state. The sovereign immunity was not immunity from the application of law of another state but rather immunity from process in its courts. The rationale was that to answer to an inquiry into any act of sovereignty would violate the principle of equality of states and threaten the dignity of the foreign state.² In effect, the dispute with the foreign state had to be dealt with by diplomatic means rather than by legal recourse.³

But eventually international practice on state immunity changed and national legislation was enacted to reflect this change of approach.⁴ As noted by Mahoney J.A., the U.S. enacted its legislation in 1976 followed by the United Kingdom in 1978 and by Canada in 1982. The change resulted in the abandonment of the so-called "absolute" theory of state immunity in favour of a "restrictive" theory by which the immunity of the foreign state is limited to its sovereign or public acts (*juri imperii*) and does not extend to its private or commercial acts (*juri gestionis*).

A very helpful commentary on this relatively modern development of restrictive immunity has been given by Lord Wilberforce in *I Congreso del Partido*⁵ when he said:

¹ See *Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997; 22 D.L.R. (3d) 669 especially Laskin J., as he then was, at p. 1020 S.C.R.; see also *Lorac Transport Ltd. v. Atra (The)*, [1987] 1 F.C. 108; (1986), 28 D.L.R. (4th) 309; 69 N.R. 183 (C.A.).

² See *I Congreso del Partido*, [1981] 2 All ER 1064 (H.L.); C. Emanuelli "L'immunité souveraine et la coutume internationale de l'immunité absolue à l'immunité relative" (1984), 22 *Can. Y. B. Int'l L.* 26.

³ See *Saint John, The Municipality of the City and County of, et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.*, [1958] S.C.R. 263, per Rand J., at p. 268.

⁴ See Williams, S.A. and de Mestral, A.L.C. *An Introduction to International Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987, pp. 139 et seq.

⁵ *Supra*, note 2.

avant l'adoption de la LIÉ¹. Qu'il suffise de dire que, selon la doctrine de l'immunité souveraine qui a eu cours pendant longtemps, chaque État s'assurait qu'aucun État étranger ne serait poursuivi devant ses tribunaux, si ce n'est avec le consentement de l'État étranger. L'immunité souveraine ne consistait pas en une immunité relativement à l'application de la loi d'un autre État mais plutôt en une immunité relativement aux poursuites en justice. On disait que le fait de répondre à une enquête sur un acte de souveraineté violerait la doctrine de l'égalité des États et menacerait la dignité de l'État étranger². En effet, le litige avec l'État étranger devait être réglé par voie diplomatique plutôt que par un recours judiciaire³.

Mais, par la suite, la coutume internationale en matière d'immunité de juridiction a changé, et des lois nationales ont été adoptées afin de refléter ce changement d'approche⁴. Ainsi que l'a mentionné le juge Mahoney, J.C.A., les États-Unis ont adopté leur loi en 1976, suivis en cela par le Royaume-Uni en 1978 et par le Canada en 1982. Ce changement a entraîné l'abandon de la soi-disant théorie «absolue» de l'immunité de juridiction en faveur d'une théorie «limitative» en vertu de laquelle l'immunité de l'État étranger se limite à ses actes souverains ou publics (*juri imperii*) et ne s'étend pas à ses actes de nature privée ou commerciale (*juri gestionis*).

Dans *I Congreso del Partido*⁵, lord Wilberforce a formulé une observation très utile sur l'évolution relativement moderne de l'immunité restreinte lorsqu'il a dit:

¹ Voir *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; 22 D.L.R. (3d) 669 tout spécialement le juge Laskin, tel était son titre à l'époque, à la p. 1020 R.C.S.; voir également *Lorac Transport Ltd. c. Atra (Le)*, [1987] 1 C.F. 108; (1986), 28 D.L.R. (4th) 309; 69 N.R. 183 (C.A.).

² Voir *I Congreso del Partido*, [1981] 2 All ER 1064 (H.L.); C. Emanuelli, «L'immunité souveraine et la coutume internationale de l'immunité absolue à l'immunité relative» (1984), 22 *A.C.D.I.* 26.

³ Voir *Saint John, The Municipality of the City and County of, et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.*, [1958] R.C.S. 263, le juge Rand, à la p. 268.

⁴ Voir Williams, S.A. et de Mestral, A.L.C. *An Introduction to International Law*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1987, p. 139 et suivantes.

⁵ Précité à la note 2.

The relevant exception, or limitation, which has been engrafted on the principle of immunity of states, under the so-called restrictive theory, arises from the willingness of states to enter into commercial, or other private law, transactions with individuals. It appears to have two main foundations. (a) It is necessary in the interest of justice to individuals having such transactions with states to allow them to bring such transactions before the courts. (b) To require a state to answer a claim based on such transactions does not involve a challenge to or inquiry into any act of sovereignty or governmental act of that state. It is, in accepted phrases, neither a threat to the dignity of that state nor any interference with its sovereign functions.⁶

I now return to the provisions of the SIA and, in particular, section 5 and the definition of commercial activity in section 2. I wish to add two comments to those made by Mahoney J.A. on the question of commercial activity. The first relates to the definition in section 2 of the SIA of commercial activity and the second deals with a word of caution on the reasoning underlying the conclusion reached by the Board with respect to commercial activity.

In my view, the reference in the definition of commercial activity to any transaction, act or conduct that by reason of its nature is of a commercial character suggests a narrower scope for immunity than if the wording made reference to the purpose of the activity. Although the definition in the United States legislation expressly mentions the nature of the course of conduct or particular transaction or act, it goes on to state "rather than by reference to its purpose". But again as Mahoney J.A. points out, the Canadian definition implicitly conveys the same meaning, that is, one looks to the nature of the transactions or activity, not to its purpose. Looking to purpose as well would, in my view, tend to introduce a recognition of the wider net of immunity afforded under the traditional absolute theory, which could lead to defeating the statutory objective of adopting a restrictive

⁶ *Id.*, at p. 1070; cited with approval by Hugessen J.A. in *Lorac Transport Ltd.*, *supra* note 1, at p. 115.

[TRADUCTION] L'exception, ou la limitation, pertinente qui s'est greffée sur la doctrine de l'immunité des États, en vertu de la soi-disant «théorie limitative», découle de la volonté des États d'effectuer des opérations commerciales, ou autres opérations relevant du droit privé, avec des particuliers. Il semble que cela ait deux fondements principaux: a) Il est nécessaire dans l'intérêt de la justice que les particuliers effectuant de telles opérations avec des États puissent les soumettre aux tribunaux. b) Le fait d'exiger qu'un État réponde à une réclamation fondée sur de telles opérations n'implique pas une contestation de l'acte de cet État souverain ou une enquête sur cet acte. Il ne s'agit pas, en termes établis, d'une menace à la dignité de cet État ni d'une intrusion dans ses fonctions d'État souverain⁶.

^c Je reviens maintenant aux dispositions de la LIÉ et, tout particulièrement, à l'article 5 et à la définition de l'activité commerciale figurant à l'article 2. Je voudrais ajouter deux observations à celles qu'a faites le juge Mahoney, J.C.A., sur la question de l'activité commerciale. La première se rapporte à la définition prévue à l'article 2 de la LIÉ de l'activité commerciale et la seconde concerne un avertissement au sujet du raisonnement qui sous-tend la conclusion à laquelle le Conseil a abouti en ce qui concerne l'activité commerciale.

^f À mon avis, la mention, dans la définition de l'activité commerciale, de tout acte qui de par sa nature revêt un caractère commercial laisse croire à une portée plus limitée de l'immunité que si on parlait du but de l'activité. Bien que la définition figurant dans la loi américaine fasse mention expressément de la nature de la poursuite de l'acte, elle continue avec l'expression «plutôt qu'en fonction de son but». Mais encore une fois, ainsi que le souligne le juge Mahoney, J.C.A., la définition canadienne véhicule implicitement le même sens, c'est-à-dire qu'on se reporte au caractère des opérations ou des activités, non à leur but. Tenir compte aussi du but, ce serait, à mon avis, faire jouer le genre d'immunité plus large accordée en vertu de la théorie absolue traditionnelle, ce qui pourrait venir contrer le but visé par la Loi en adoptant une approche limitative de l'immunité

⁶ *Idem.*, à la p. 1070; cité avec approbation par le juge Hugessen, J.C.A., dans l'arrêt *Lorac Transport Ltd.*, précité à la note 1, à la p. 115.

approach to immunity as reflected in the SIA.⁷

Here the nature of the transaction or activity is commercial in that employment contracts entered into by the United States with Canadian civilians are at the heart of the matter and the certification proceedings before the Board relate to that commercial activity within the meaning of section 5 of the SIA. Granted the purpose of the employment contracts is to further state or public objects of the United States operating a naval base, but, as mentioned, I believe the SIA and, in particular, the provisions of section 5 and the definition of commercial activity in section 2, do not countenance the purpose or object of the state's activity but rather compel us to focus on the nature of the alleged commercial activity in issue.

One final comment relates to the reasoning of the Board in concluding there was commercial activity and that state immunity was not applicable. The Board put considerable reliance on U.S. authorities, given, in their view, the close relationship between the Canadian and U.S. legislation. The Board stated:

In the present case, the contract of employment of civilians engaged in maintenance duties gave rise to PSAC'S application for certification. Supposing that such a dispute had arisen in the United States, on a Canadian base, the question to be resolved would have been as follows: could such a contract have been entered into by a private party? In the affirmative, the contract would have been described as a commercial activity and the foreign base could not have claimed State immunity. Hiring civilian employees is an activity that can be performed by a private party, contrary to hiring "diplomatic, civil service, or military personnel" (Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, House Report, *supra*, page 6615; emphasis added). It follows that, pursuant to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, in circumstances such as found in this application for

⁷ See Molot, H.L. and Jewett, M.L. "The State Immunity Act of Canada", (1982) 20 *Can. Y.B. Int'l L.* 79; see particularly the commentary at pp. 96 *et seq.* where the authors discuss "Commercial Activity" and the emphasis on "nature" rather than "purpose" in the SIA. The authors point out that, as a matter of theory, it has been observed that a sovereign state does not cease to be a sovereign state because it performs an act which a private citizen might perform. *Id.*, at p. 96. But the authors note that courts are now being asked to distinguish between the sovereign and non-sovereign, or the commercial and governmental, acts of a state and they go on to discuss why an emphasis on "nature" and not "purpose" is preferable. *Id.*, at p. 99 *et seq.*

comme il ressort de la LIÉ⁷.

En l'espèce, le caractère de l'opération ou de l'activité est commercial en ce sens que les contrats de travail conclus par les États-Unis avec les civils canadiens se trouvent au cœur de l'affaire et que la requête en accréditation dont le Conseil a été saisi porte sur cette activité commerciale au sens de l'article 5 de la LIÉ. J'admets que les contrats de travail ont pour but d'aider à la réalisation des objectifs publics des États-Unis dans l'exploitation d'une base navale, mais, ainsi qu'il a déjà été mentionné, je crois que la LIÉ et, tout particulièrement, les dispositions de l'article 5 et la définition d'activité commerciale figurant à l'article 2 ne sanctionnent pas le but de l'activité de l'État mais nous obligent plutôt à nous concentrer sur le caractère de la prétendue activité commerciale en question.

Une dernière observation porte sur le raisonnement suivi par le Conseil pour aboutir à la conclusion selon laquelle il y avait activité commerciale et l'immunité de juridiction ne s'appliquait pas. Le Conseil s'est appuyé grandement sur la jurisprudence américaine, étant donné, à son avis, le lien étroit qui existe entre la loi canadienne et la loi américaine. Le Conseil a déclaré:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, le contrat de travail des civils employés à des travaux d'entretien a donné naissance à la demande d'accréditation de l'AFPC. En supposant qu'un tel litige ait pris naissance aux États-Unis, sur une base canadienne, la question à trancher aurait été la suivante: un tel contrat aurait-il pu être conclu par un particulier? Si oui, on aurait décrit le contrat comme étant une activité commerciale, et la base étrangère n'aurait pas pu réclamer l'immunité de juridiction. L'embauchage d'employés civils est une activité qui peut être exercée par un particulier, contrairement à l'embauchage «de diplomates, de fonctionnaires ou de militaires» (Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, House Report, précité, page 6615; c'est moi qui souligne). Il s'ensuit que, conformément à la Foreign Sovereign Immunities Act de 1976,

⁷ Voir Molot, H.L. et Jewett, M.L. «The State Immunity Act of Canada», (1982), 20 *A.C.D.I.* 79; voir tout particulièrement le commentaire aux p. 96 et suivantes où les auteurs examinent l'«activité commerciale» et l'accent mis sur le «caractère» plutôt que le «but» dans la LIÉ. Les auteurs signalent que, en théorie, on a remarqué qu'un État souverain ne cesse pas d'être souverain parce qu'il exécute un acte que pourrait exécuter un citoyen privé. *Idem.*, à la p. 96. Mais les auteurs notent qu'on demande maintenant aux tribunaux de faire la distinction entre les actes souverains et les actes non souverains d'un État, ou entre ses actes commerciaux et ses actes gouvernementaux, et ils poursuivent en étudiant pourquoi il est préférable de mettre l'accent sur le «caractère» et non sur le «but». *Idem.*, aux p. 99 et suivantes.

certification, hiring American civilian employees on a Canadian base located in the United States could be found to be a "commercial activity".⁸

Although I agree with the Board's conclusion as to commercial activity, I would not put so great an emphasis on the question whether the contract of employment could have been entered into by a private party in every case that might arise under the SIA. To give an example, it may well be that the function of a computer programmer in a foreign state's military base could well be carried out by a private party, but if the work of the programmer were in relation to highly confidential and sensitive information gathering and analysis, I doubt whether such duties would constitute commercial activity within the meaning of SIA so as to repel state immunity.

In summary, I agree with Mr. Justice Mahoney's answer to the question in this reference.

STONE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for decision rendered in English by

MAHONEY J.A.: The issue in this reference is whether the Canada Labour Relations Board, hereinafter "the Board", erred in finding that the United States of America, hereinafter "the U.S.", could not claim state immunity as provided in section 3 of the *State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18, with respect to an application for certification filed on behalf of Canadian civilians employed by the U.S. Department of Defence at its base at Argentia, Newfoundland. Two other questions, dependent on a negative answer to that, relating to jurisdiction as between Canada and Newfoundland, while referred were not argued and will, if necessary, be subject of a later hearing.

The U.S. Navy, under a 99-year lease from Great Britain effective March 27, 1941, occupies

⁸ Case, at p. 34.

dans des cas comme celui qui apparaît dans la demande d'accréditation, l'embauchage d'employés civils américains sur une base canadienne située aux États-Unis pourrait être considéré comme étant une «activité commerciale»⁸.

a Bien que je sois d'accord avec la conclusion du Conseil au sujet de l'activité commerciale, je n'insisterais pas autant sur la question de savoir si le contrat de travail aurait pu être conclu par un particulier dans chaque cas qui pourrait se présenter sous le régime de la LIÉ. À titre d'exemple, il se pourrait bien que les fonctions d'un programmeur en informatique dans une base militaire d'un État étranger puissent être exercées par un particulier, mais si le travail du programmeur se rapportait à la cueillette et à l'analyse de renseignements hautement confidentiels et délicats, je doute que ces fonctions constitueraient une activité commerciale au sens de la LIÉ au point d'abolir l'immunité de juridiction.

d En résumé, je souscris à la réponse donnée par le juge Mahoney à la question posée dans le présent renvoi.

e LE JUGE STONE, J.C.A.: J'y souscris.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs de la décision rendus par

f LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit dans le présent renvoi de savoir si le Conseil canadien des relations de travail, ci-après appelé «le Conseil», a commis une erreur en statuant que les États-Unis d'Amérique, ci-après appelés «les É.-U.», ne pouvaient pas réclamer l'immunité de juridiction prévue à l'article 3 de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), chap. S-18, relativement à une demande d'accréditation déposée au nom de civils canadiens travaillant pour le ministère de la Défense des É.-U. à sa base d'Argentia (Terre-Neuve). Bien qu'elles aient été mentionnées, deux autres questions, qui dépendent d'une réponse négative à cette première question et portent sur un conflit de juridiction entre le Canada et Terre-Neuve, n'ont pas été débattues et feront l'objet, au besoin, d'une autre audience.

j En vertu d'un bail de 99 ans accordé par la Grande-Bretagne et entré en vigueur le 27 mars

⁸ Dossier, à la p. 34.

and operates a military base at Argentina. The lease provides:

ARTICLE I

(1) The United States shall have all the rights, power and authority within the Leased Areas which are necessary for the establishment, use, operation and defence thereof, or appropriate for their control, and all the rights, power and authority within the limits of territorial waters and air spaces adjacent to, or in the vicinity of, the Leased Areas, which are necessary to provide access to and defence of the Leased Areas, or appropriate for control thereof.

ARTICLE XXIX

The United States and the Government of the Territory respectively will do all in their power to assist each other in giving full effect to the provisions of this Agreement according to its tenor and will take all appropriate steps to that end.

During the continuance of any Lease, no laws of the Territory which would derogate from or prejudice any of the rights conferred on the United States by the Lease or by this Agreement shall be applicable within the Leased Area, save with the concurrence of the United States.

In addition to its military and civilian personnel the U.S. employs about 60 Canadian civilians as firefighters and maintenance workers, such as plumbers, electricians, etc. The Public Service Alliance of Canada, hereinafter "the Union", has sought certification under the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, as bargaining agent for those employees.

The base is contained within a patrolled perimeter fence. Access is through a guarded gate. It contains a communications centre, its *raison d'être*, housing and a variety of auxiliary service and supply buildings and facilities. The Canadian workers, other than the firefighters, are employed in the maintenance of the buildings, fence, grounds, utilities and equipment other than the communications equipment. Security clearance is required for their employment and admission to the base. Their admission to the communications centre itself, when necessary, is under military escort.

The relevant provisions of the *State Immunity Act* are:

2. In this Act,

1941, la marine américaine occupe et exploite une base militaire à Argentina. Le bail prévoit:

[TRADUCTION] ARTICLE I

(1) Les États-Unis ont à l'intérieur des lieux loués tous les droits et les pouvoirs nécessaires à leur établissement, à leur utilisation, à leur exploitation et à leur défense ou appropriés à leur surveillance et ils ont également à l'intérieur des limites des eaux territoriales et des espaces aériens adjacents aux lieux loués ou situés à leur proximité tous les droits et les pouvoirs nécessaires pour permettre l'accès et la défense des lieux loués ou appropriés à leur surveillance.

ARTICLE XXIX

Les États-Unis et le gouvernement du Territoire feront respectivement tout en leur pouvoir pour s'aider mutuellement à donner pleinement effet aux dispositions de la présente convention et prendront toutes les mesures appropriées à cette fin.

Pendant la durée du bail, les lois du Territoire qui porteraient atteinte ou préjudice à quelque droit conféré aux États-Unis par le bail ou par la présente convention ne pourront pas s'appliquer à l'intérieur des lieux loués, si ce n'est avec le consentement des États-Unis.

En plus de leur personnel militaire et de leur personnel civil, les États-Unis emploient environ 60 civils canadiens à titre de pompiers et d'employés d'entretien, tels que plombiers, électriciens, etc. L'Alliance de la Fonction publique du Canada, ci-après appelée «le Syndicat», a demandé à être accréditée en vertu du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, comme agent négociateur de ces employés.

La base est située à l'intérieur d'un périmètre clôturé et gardé. On y accède par une entrée sous surveillance. On y trouve un centre de communications, qui en est la raison d'être, des locaux d'habitation et un certain nombre d'édifices et d'installations d'approvisionnement et de services auxiliaires. Les travailleurs canadiens, à l'exception des pompiers, sont employés à l'entretien des édifices, de la clôture, du terrain, des services publics et du matériel autre que le matériel de communications. Il leur faut une habilitation de sécurité pour entrer et travailler à la base. Lorsqu'ils doivent pénétrer dans le centre de communications lui-même, ils le font sous escorte militaire.

Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immunité des États*:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

“commercial activity” means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character;

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

4. (1) A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court if the state waives the immunity conferred by subsection 3(1) by submitting to the jurisdiction of the court in accordance with subsection (2) or (4).

(2) In any proceedings before a court, a foreign state submits to the jurisdiction of the court where it

(a) explicitly submits to the jurisdiction of the court by written agreement or otherwise either before or after the proceedings commence;

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

It is agreed that the Board is a “court” for purposes of this reference. The only issues are whether the U.S. has waived immunity and, if not, whether that over which the Board has asserted its jurisdiction is a commercial activity.

The Board found that there had been no waiver and, before us, that conclusion was challenged only by the Union. The Board found that the activity was a commercial activity. Before us the U.S. and the Attorney General of Canada challenged, and the Union and Board defended, that finding.

WAIVER

The argument that the U.S. had waived immunity is founded on its subscription to the 1951 North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement which provides in Article IX:

4. Local civilian labour requirements of a force or civilian component shall be satisfied in the same way as the comparable requirements of the receiving State and with the assistance of the authorities of the receiving State through the employment exchanges. The conditions of employment and work, in particular wages, supplementary payments and conditions for the protection of workers, shall be those laid down by the legislation of the receiving State. Such civilian workers employed by a force or civilian component shall not be regarded for any purpose as being members of that force or civilian component.

«activité commerciale» Toute poursuite normale d'une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature.

3. (1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

4. (1) L'État étranger qui se soumet à la juridiction du tribunal selon les modalités prévues aux paragraphes (2) ou (4), renonce à l'immunité de juridiction visée au paragraphe 3(1).

(2) Se soumet à la juridiction du tribunal l'État étranger qui:

a) le fait de manière expresse par écrit ou autrement, avant l'introduction de l'instance ou en cours d'instance;

5. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur des activités commerciales.

Il est admis que le Conseil est un «tribunal» aux fins du présent renvoi. Il s'agit seulement de savoir si les États-Unis ont renoncé à l'immunité de juridiction et, si tel n'est pas le cas, si l'activité au sujet de laquelle le Conseil s'est déclaré compétent constitue une activité commerciale.

Le Conseil a jugé qu'il n'y avait pas eu renonciation, et cette conclusion n'a été contestée devant nous que par le Syndicat. Le Conseil a statué qu'il s'agissait d'une activité commerciale. Devant notre Cour, les États-Unis et le procureur général du Canada ont contesté cette décision tandis que le Syndicat et le Conseil l'ont défendue.

RENONCIATION

L'allégation selon laquelle les É.-U. avaient renoncé à l'immunité de juridiction est fondée sur leur adhésion à la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord de 1951, qui prévoit à l'article IX:

4. Les besoins locaux en main d'œuvre civile d'une force ou d'un élément civil sont satisfaits de la même manière que ceux des services analogues de l'État de séjour, avec leur assistance et par l'entremise des services de la main d'œuvre. Les conditions d'emploi et de travail, notamment les salaires et accessoires de salaires et les conditions de protection des travailleurs, sont réglées conformément à la législation en vigueur dans l'État de séjour. Ces travailleurs civils employés par une force ou par un élément civil ne sont considérés en aucun cas comme membres de cette force ou de cet élément civil.

“Civilian component”, by definition and in the circumstances, excludes the Canadian citizens and others ordinarily resident in Canada employed at the base.

The Board held that subscription to the NATO agreement did not constitute explicit submission to its jurisdiction no matter how liberally one might construe what could be a waiver. I agree.

COMMERCIAL ACTIVITY

At one time sovereign states enjoyed absolute immunity from the jurisdiction of common law courts. As they, directly or through their agencies, engaged increasingly in commercial activities, a “restrictive” concept of sovereign immunity came to be recognized. Canada, the U.S. and Great Britain, more or less contemporaneously, moved to codify that restrictive concept. The British statute, *State Immunity Act 1978* (U.K.), 1978, c. 33, as it pertains to circumstances in issue here, is very different from the Canadian and American legislation. It excludes “a contract of employment between a State and an individual” from the definition “commercial transaction” but provides expressly:

4. (1) A State is not immune as respects proceedings relating to a contract of employment between the State and an individual where the contract was made in the United Kingdom or the work is to be wholly or partly performed there.

(6) In this section “proceedings relating to a contract of employment” includes proceedings between the parties to such a contract in respect of any statutory rights or duties to which they are entitled or subject as employer or employee.

The American statute, the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891 (1976) as amended, provides:

1603. For purposes of this chapter

(d) A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

Par définition et dans les circonstances, l’expression «élément civil» ne comprend pas les citoyens canadiens ni les autres personnes résidant ordinairement au Canada qui sont employés à la base.

“ Le Conseil a décidé qu’en adhérant à la convention de l’OTAN, les É.-U. ne s’étaient pas soumis expressément à sa juridiction, peu importe la façon plus ou moins libérale d’interpréter ce que pourrait être une renonciation. J’y souscris.

ACTIVITÉ COMMERCIALE

À une certaine époque, les États souverains jouissaient d’une immunité absolue de juridiction devant les tribunaux de *common law*. Lorsque, directement ou par l’intermédiaire de leurs organismes, ils se sont adonnés de plus en plus à des activités commerciales, ils en sont venus à admettre une notion «restreinte» de l’immunité souveraine. Le Canada, les É.-U. et la Grande-Bretagne ont, plus ou moins à la même époque, pris des mesures afin de codifier cette notion restreinte. En ce qui concerne les circonstances de l’espèce, la loi britannique, c’est-à-dire la *State Immunity Act 1978* (R.-U.), 1978 chap. 33, diffère beaucoup de la loi canadienne et de la loi américaine. Elle exclut «le contrat de travail entre un État et un particulier» de la définition de l’expression «opération commerciale» mais prévoit expressément:

[TRADUCTION] 4. (1) Un État ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction en ce qui concerne l’action portant sur un contrat de travail entre l’État et un particulier lorsque le contrat a été conclu au Royaume-Uni ou que le travail doit y être exécuté en tout ou en partie.

(6) Dans le présent article, l’«action portant sur un contrat de travail» comprend l’action entre les parties à un tel contrat relativement aux droits dont elles sont investies ou aux obligations auxquelles elles sont soumises par la loi en tant qu’employeur ou employé.

La loi américaine, c’est-à-dire la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891 (1976) et ses modifications, dispose:

[TRADUCTION] 1603. Aux fins du présent chapitre

d) Une “activité commerciale” s’entend de la poursuite normale d’une opération commerciale ainsi que de tout acte isolé. Le caractère commercial d’une activité est déterminé en fonction de la nature de la poursuite de l’activité ou de l’acte isolé plutôt qu’en fonction de son but.

The ultimate clause, “rather than by reference to its purpose”, in my view, conveys a notion not expressed but implicit in the Canadian definition.

In interpreting its statute, U.S. courts have routinely had recourse to the House Judiciary Committee’s comments concerning the concept of commercial activity it had in mind in commending the legislation to Congress. It is useful to quote it in its entirety.

(d) *Commercial activity.* Paragraph (c) of section 1603 defines the term “commercial activity” as including broad spectrum of endeavour, from an individual commercial transaction or act to a regular course of commercial conduct. A “regular course of commercial conduct” includes the carrying on of a commercial enterprise such as a mineral extraction company, an airline or a state trading corporation. Certainly, if an activity is customarily carried on for profit, its commercial nature could readily be assumed. At the other end of the spectrum, a single contract, if of the same character as a contract which might be made by a private person, could constitute a “particular transaction or act”.

As the definition indicates, the fact that goods or services to be procured through a contract are to be used for a public purpose is irrelevant; it is the essentially commercial nature of an activity or transaction that is critical. Thus, a contract by a foreign government to buy provisions or equipment for its armed forces or to construct a government building constitutes a commercial activity. The same would be true of a contract to make repairs on an embassy building. Such contracts should be considered to be commercial contracts, even if their ultimate object is to further a public function.

By contrast, a foreign state’s mere participation in a foreign assistance program administered by the Agency for International Development (AID) is an activity whose essential nature is public or governmental, and it would not itself constitute a commercial activity. By the same token, a foreign state’s activities in and “contracts” with the United States resulting from or necessitated by participation in such a program would not in themselves constitute a sufficient commercial nexus with the United States so as to give rise to jurisdiction (see sec. 1330) or to assets which could be subjected to attachment or execution with respect to unrelated commercial transactions (see sec. 1610(b)). However, a transaction to obtain goods or services from private parties would not lose its otherwise commercial character because it was entered into in connection with an AID program. Also public or governmental and not commercial in nature, would be the employment of diplomatic, civil service, or military personnel, but not the employment of American citizens or third country nationals by the foreign state in the United States.

Le dernier membre de phrase «plutôt qu’en fonction de son but» évoque, à mon avis, une notion qui n’est pas formulée expressément mais implicitement dans la définition canadienne.

^a Pour interpréter leur loi, les tribunaux des É.-U. ont eu recours habituellement aux observations émises par le comité judiciaire de la Chambre (House Judiciary Committee) sur la notion d’activité commerciale que celui-ci avait à l’esprit en recommandant la loi au Congrès. Il est utile de les citer en entier.

[TRADUCTION] d) *Activité commerciale.* L’alinéa c) de l’article 1603 définit l’expression «activité commerciale» comme incluant un large éventail, depuis l’opération commerciale isolée jusqu’à la poursuite normale d’une activité commerciale. La «poursuite normale d’une activité commerciale» comprend notamment l’exploitation d’une entreprise commerciale telle qu’une compagnie d’extraction de minerais, une compagnie de transports aériens ou une société commerciale d’État. Il est certain que, si une activité est ordinairement exercée en vue d’un profit, son caractère commercial pourrait être facilement reconnu. À l’autre extrémité de l’éventail, un simple contrat, s’il était de la même nature qu’un contrat qui pourrait être passé par un particulier, pourrait constituer une «opération isolée».

^e Comme l’indique la définition, le fait que les biens ou les services devant être obtenus grâce à un contrat doivent être utilisés à des fins publiques n’est pas pertinent; c’est le caractère essentiellement commercial d’une activité ou d’une opération qui importe. Ainsi, le contrat passé par un gouvernement étranger en vue d’acheter des approvisionnements ou du matériel destinés à ses forces armées ou de construire un édifice gouvernemental constitue une activité commerciale. Il en serait de même du contrat conclu en vue d’effectuer des réparations à une ambassade. Ces contrats devraient être considérés comme des contrats commerciaux, même s’ils ont pour but ultime des fonctions publiques.

^g Par contre, la simple participation d’un État étranger à un programme d’aide étrangère géré par l’Agency for International Development (AID) est une activité dont le caractère est essentiellement public ou gouvernemental, mais elle ne constituerait pas elle-même une activité commerciale. De même, les activités d’un État étranger aux États-Unis et les «contrats» conclus avec les États-Unis résultant de ou requis par la participation à un programme de ce genre ne constitueraient pas en soi un lien commercial suffisant avec les États-Unis pour conférer la compétence voulue à leurs tribunaux (voir l’art. 1330) ou un droit d’action sur des biens qui pourraient faire l’objet d’une saisie-arrêt ou d’une saisie-exécution relativement à des opérations commerciales qui n’ont aucun rapport avec ces activités (voir l’al. 1610b)). Toutefois, une opération en vue d’obtenir des biens ou des services de particuliers ne perdrait pas son caractère qui autrement serait commercial du fait qu’elle a été conclue en liaison avec un programme de l’AID. Serait également public ou gouvernemental et non commercial par nature l’embauchage de diplomates, de fonctionnaires ou de militaires, mais non celui de citoyens américains ou de citoyens d’un pays tiers par l’État étranger aux États-Unis.

The courts would have a great deal of latitude in determining what is a "commercial activity" for purposes of this bill. It has seemed unwise to attempt an excessively precise definition of this term, even if that were practicable. Activities such as a foreign government's sale of a service or a product, its leasing of property, its borrowing of money, its employment or engagement of labourers, clerical staff or public relations or marketing agents, or its investment in a security of an American corporation, would be among those included within the definition. House Report No. 94-1487, Congressional Record, Vol. 122, pp. 6614-6615. [My emphasis.]

The Congressional Record also discloses, at page 6604, that "the House bill was passed in lieu of the Senate Bill".

The British legislation by its terms and the American legislation by externally stated legislative intent exclude sovereign immunity in respect of the employment of their citizens or residents within their territories by foreign states. Decisions of U.S. courts have given effect to that legislative intent in considering individual employment contracts. It is unnecessary to refer to any but the most recent American decision which, coincidentally, is the most comparable, in a factual way, to the present case.

No decision of the U.S. Supreme Court has been cited to us but we were advised that *certiorari* was being sought in respect of the very recent decision of the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit in *Goethe House New York, German Cultural Center v N.L.R.B.*, 869 F.2d 75 (2d Cir. 1989). Goethe House is a cultural agency of the Federal Republic of Germany which, *inter alia*, employs non-German personnel in the U.S. The proceeding in the U.S. courts was for an injunction to prevent the National Labour Relations Board from further processing a representation petition or conducting a representation election for those employees. The District Court at trial, in a reported decision, 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988), granted the injunction, stating at page 429:

A denial of injunctive relief, resulting in Goethe House's having to go forward with the representation election, would undoubtedly cause Goethe House irreparable harm in the sensitive area of foreign relations, since Goethe House's employment policies are controlled entirely by the German government, and could engender diplomatic embarrassment if

Les tribunaux disposeraient d'une grande latitude pour déterminer ce qu'est une «activité commerciale» aux fins du présent projet de loi. Il ne nous a pas semblé judicieux d'essayer d'établir une définition très précise de cette expression, même si cela était réalisable. Des activités telles que la vente d'un service ou d'un produit, la location de biens, le prêt d'argent, l'embauchage de manœuvres, d'employés de secrétariat ou d'agents de relations publiques ou de commercialisation ou l'investissement dans un titre d'une société américaine par un État étranger, feraient partie de celles qui sont comprises dans la définition. House Report No. 94-1487, Congressional Record, Vol. 122, p. 6614-6615. [C'est moi qui souligne.]

Le document du Congrès mentionne également, à la page 6604, que [TRADUCTION] «le projet de loi de la Chambre fut adopté à la place de celui du Sénat».

La loi britannique, par son libellé même, et la loi américaine, d'après l'intention du législateur mentionnée ailleurs, excluent l'immunité souveraine en ce qui concerne l'embauchage de leurs citoyens ou de leurs résidents à l'intérieur de leurs territoires par des États étrangers. Les tribunaux américains ont, dans leurs décisions, donné effet à cette intention du législateur en examinant les contrats individuels de travail. Il suffit, à cet égard, de se reporter à la plus récente décision américaine qui, tout à fait par hasard, est celle qui se compare le plus, sur le plan des faits, à la présente affaire.

On ne nous a cité aucune décision de la Cour suprême des É.-U., mais on nous a informés qu'un bref de *certiorari* avait été demandé relativement à la plus récente décision rendue par la U.S. Court of Appeals for the Second Circuit dans l'affaire *Goethe House New York, German Cultural Center v N.L.R.B.*, 869 F.2d 75 (2d Cir. 1989). La Maison Goethe (Goethe House) est un organisme culturel de la République fédérale d'Allemagne qui, entre autres, emploie du personnel non allemand aux É.-U. L'action intentée aux É.-U. visait à obtenir une injonction afin d'empêcher le National Labour Relations Board d'entendre plus avant une requête en représentation ou de tenir un vote de représentation pour ces employés. Au procès, la cour de district a, dans une décision publiée, 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988), accordé l'injonction et déclaré à la page 429:

[TRADUCTION] Le déni de l'injonction, qui aurait pour effet d'obliger la Maison Goethe à procéder au vote de représentation, lui causerait sans aucun doute un tort irréparable dans le domaine délicat des relations étrangères, étant donné que la politique d'emploi de la Maison Goethe est entièrement planifiée par le gouvernement allemand, et pourrait entraîner des

the union prevailed in the election. Goethe House would then be forced either to bargain with the union in contravention of some or all of the German government's personnel mandates or, alternatively, to obtain review it would have to commit an unfair labour practice under the National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 158(a)(5), such as refusing to bargain with the union as the employees' representative.

and, at page 430:

It is however one thing to protect and preserve a remedy in American courts for an unpaid American vendor or employee by defining that relationship as a "commercial" exception, and on the other hand to justify thereby the right of a United States agency to intervene into the underlying employment structure of a conceded arm of a foreign state that is not involved in commercial activity. Support for this view is found in the fact that courts which have found the commercial activity exception to exist in the employment context have done so as to employment contracts between the foreign state or instrumentality and a single individual.

A majority of the Court of Appeals allowed the appeal on the ground that it was premature while also expressing by *dicta* doubt as to the probability of the Federal Republic's ultimate success in asserting state immunity [at pages 79 and 80].

To justify its assertion of jurisdiction, the district court wrote that requiring Goethe House to submit to NLRB jurisdiction might interfere with the West German government's "employment objectives in implementing cultural foreign policy" and might cause disturbances and embarrassment in international relations. In our view, the district court's concerns were largely unfounded and did not warrant the court's intervention in the case. Even if the Union were certified as the bargaining agent of Goethe House's non-German employees, we fail to see how the presence of the Union would interfere with Goethe House's implementation of West German cultural foreign policy. Under the NLRA, Goethe House would have a duty to bargain with the Union over wages, hours and other terms and conditions of employment. . . . Moreover, the fact that the German employees at Goethe House presently are unionized belies the prospect that the presence of a union for the non-German employees would hamper Goethe House's operations.

As an employer, Goethe House has the option of seeking indirect review of the Board's order by refusing to bargain with the Union if it is certified, and then seeking review of its position in a court of appeals.

complications diplomatiques si le syndicat remportait le vote. La Maison Goethe serait alors obligée de négocier avec le syndicat en violation d'une partie ou de la totalité des mandats du gouvernement en matière de personnel ou bien, pour obtenir une révision, il lui faudrait commettre une manœuvre déloyale d'après la National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 158 (a)(5), en refusant, par exemple de négocier avec le syndicat en tant que représentant des employés.

et à la page 430:

[TRADUCTION] C'est une chose que de protéger et de garantir un recours devant les tribunaux américains dans le cas d'un vendeur ou d'un employé américain impayé en définissant ce rapport comme étant une exception « commerciale », mais c'en est une autre que de justifier par ce moyen le droit d'un organisme des États-Unis d'intervenir dans la structure sous-jacente d'emploi d'une arme reconnue d'un État étranger qui ne s'adonne à aucune activité commerciale. Vient appuyer cette opinion le fait que les tribunaux qui ont jugé que l'exception de l'activité commerciale existait dans le contexte de l'emploi ont porté un tel jugement dans le cas de contrats de travail entre l'État ou l'intermédiaire étranger et un simple particulier.

La majorité des juges qui siégeaient à la Court of Appeals ont accueilli l'appel pour le motif que celui-ci était prématuré bien que, dans une remarque incidente, ils aient exprimé un doute quant à la possibilité que la République fédérale réussisse à la fin à faire valoir son immunité de juridiction [aux pages 79 et 80].

[TRADUCTION] Pour justifier sa compétence, la cour de district a déclaré que le fait d'exiger de la Maison Goethe qu'elle se soumette à la juridiction de la NLRB pourrait empiéter sur les « objectifs d'emploi du gouvernement de l'Allemagne de l'Ouest pour mettre en pratique sa politique étrangère en matière culturelle » et pourrait causer des perturbations et des complications dans le domaine des relations internationales. À notre avis, les préoccupations de la cour de district n'étaient guère fondées et ne justifiaient pas l'intervention du tribunal dans cette affaire. Même si le syndicat était reconnu comme l'agent négociateur des employés non allemands de la Maison Goethe, nous ne pouvons pas concevoir comment la présence du syndicat empiéterait sur la mise en pratique par la Maison Goethe de la politique étrangère en matière culturelle de l'Allemagne de l'Ouest. D'après la NLRA, la Maison Goethe serait tenue de négocier avec le syndicat au sujet des salaires, des heures de travail et des autres modalités d'emploi. . . . De plus, le fait que les employés allemands de la Maison Goethe soient actuellement syndiqués vient donner un démenti à la thèse selon laquelle la présence d'un syndicat pour les employés non allemands entraverait les activités de la Maison Goethe.

En tant qu'employeur, la Maison Goethe a la possibilité de demander une révision indirecte de l'ordonnance du conseil des relations de travail en refusant de négocier avec le syndicat si celui-ci est accrédité, et de demander alors la révision de sa position devant une cour d'appel.

The dissenting member was in complete agreement with the trial judge. It is worth noting parenthetically that it was precisely to avoid such an "indirect review" confrontation with the U.S. that the Board made the present reference.

The District Court had noted that all U.S. court decisions which invoked the commercial activity exception in the employment context had done so as to contracts of service between a foreign state and a single individual. The same is to be said of the authorities cited to us.

The Board's conclusion, after a thorough review of the American authorities, was:

Given the close relationship between the Canadian and American legislations, we deem it appropriate to draw our inspiration from American authorities in order to define the concept of commercial activity. Specifically, we make ours the commercial activity test developed by American courts. If we apply this test to the present case, we find that the contract of employment of the Canadian civilian employees constitutes a commercial activity within the meaning of section 2 of the State Immunity Act.

The American test adopted by the Board was concisely stated by the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit in *Texas Trading & Mill Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (2d Cir., 1981), at page 309:

... put another way, if the activity is one in which a private person could engage, it is not entitled to immunity.

That case involved breach of contracts for the sale of cement and of related letters of credit.

I see no rational basis for distinguishing between contracts for the purchase of goods or services and contracts of employment for purposes of the *State Immunity Act*. If, as in my view he is, a supplier of electricity or groceries to the Argentinia base is entitled to sue the U.S. for breach of contract in a Canadian court, there seems no reason why a Canadian civilian employee there should not have a like entitlement. However, as suggested by the Trial Judge in *Goethe House*, exercise by the Board of its jurisdiction to certify goes a good deal further than the enforcement of employees' rights

Le juge dissident était entièrement d'accord avec le juge de première instance. Il vaut la peine de faire remarquer entre parenthèses que c'était précisément pour éviter un tel affrontement avec les É.-U. au sujet d'une «révision indirecte» que le Conseil a soumis le présent renvoi.

La Cour de district avait fait observer que toutes les décisions judiciaires américaines qui invoquaient l'exception de l'activité commerciale dans le contexte de l'emploi l'avaient fait relativement à des contrats de service conclus entre un État étranger et un simple particulier. Il faut dire la même chose de la jurisprudence qui nous a été citée.

Après un examen minutieux de la jurisprudence américaine, le Conseil en est venu à la conclusion suivante:

Vu le lien étroit qui existe entre la loi canadienne et la loi américaine, nous estimons opportun de nous inspirer de la jurisprudence américaine pour définir la notion d'activité commerciale. Plus particulièrement, nous faisons nôtre le critère de l'activité commerciale élaboré par les tribunaux américains. Si nous appliquons ce critère à la présente affaire, nous trouvons que le contrat de travail des employés civils canadiens constitue une activité commerciale au sens de l'article 2 de la Loi sur l'immunité des États.

Le critère américain adopté par le Conseil a été formulé de façon concise par la U.S. Court of Appeals for the Second Circuit dans l'affaire *Texas Trading & Mill Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (2d Cir., 1981), à la page 309:

[TRADUCTION] ... en d'autres mots, s'il s'agit d'une activité dans laquelle un particulier pourrait être engagé, il n'a pas droit à l'immunité de juridiction.

Cette affaire portait sur l'inexécution de contrats de vente de ciment ainsi que de lettres de crédit y afférentes.

Je ne vois aucun motif raisonnable de faire la distinction entre les contrats d'achat de biens ou de services et les contrats de travail aux fins de la *Loi sur l'immunité des États*. Si celui qui fournit de l'électricité ou des provisions à la base d'Argentinia peut poursuivre, et à mon avis il le peut, les É.-U. pour inexécution de contrat devant un tribunal canadien, il ne semble pas y avoir de raison pour laquelle un employé civil canadien ne devrait pas alors jouir d'un droit semblable. Toutefois, comme l'a laissé entendre le juge de première instance dans l'affaire *Goethe House*, l'exercice par le Con-

and employers' obligations under employment contracts.

Certification of a bargaining agent under the *Canada Labour Code* is not an end in itself. It gives the certified bargaining agent rights and, more important in the present circumstances, imposes obligations on the certified employer. Most immediately, if called upon to do so by the Union, the U.S. will be required to bargain with it for purposes of entering into a collective agreement (section 48). Should that bargaining not result in a collective agreement, the Board may, subject to the intervention of the Minister of Labour, impose an initial agreement (section 80). I do not think it necessary to go beyond that threshold in enumerating the obligations that the Code imposes on a certified employer and the coercive powers exercisable by the Board on motion of a certified bargaining agent.

While the common law has been supplanted by statute, the rationale for any measure of sovereign immunity at all remains as it was under the common law. It has been variously articulated, nowhere more succinctly than by Sir Robert Phillimore in *The Charkieh* (1873), L.R. 4 Ad. & Ec. 59, at page 97.

The object of international law, in this as in other matters, is not to work injustice, not to prevent the enforcement of a just demand, but to substitute negotiations between governments, though they may be dilatory and the issue distant and uncertain, for the ordinary use of courts of justice in cases where such use would lessen the dignity or embarrass the functions of the representatives of a foreign state;

The sovereign dignity of a foreign state seems clearly put in issue when a domestic tribunal can force it to bargain over the conditions of employment of its employees and, if permitted by a Minister of the Crown, impose those conditions. That is very different from a domestic tribunal enforcing the terms of a contract of employment the foreign state has freely entered into.

However, the narrow issue on this reference is whether, the certification proceeding before the Board "relates to any commercial activity" of the U.S. What is immediately in issue in a certification proceeding is not the contracts of employment of the individuals in the proposed bargaining unit;

seil de sa compétence en matière d'accréditation va beaucoup plus loin que l'application des droits des employés et des obligations des employeurs en vertu des contrats de travail.

^a L'accréditation d'un agent négociateur en vertu du *Code canadien du travail* n'est pas une fin en soi. Elle donne des droits à l'agent négociateur accrédité et, ce qui est plus important en l'espèce, elle impose des obligations à l'employeur accrédité. ^b Très directement, s'ils y sont invités par le Syndicat, les États-Unis seront tenus de négocier avec lui en vue de la conclusion d'une convention collective (article 48). Si ces négociations ne devaient pas aboutir à une convention collective, le Conseil ^c peut, sous réserve de l'intervention du ministre du Travail, imposer une première convention (article 80). Je ne crois pas nécessaire d'aller plus loin dans l'énumération des obligations que le Code ^d impose à un employeur accrédité et des pouvoirs coercitifs qui peuvent être exercés par le Conseil sur requête d'un agent négociateur accrédité.

Bien que la Loi ait supplanté la *common law*, le raisonnement à la base de toute mesure d'immunité souveraine reste le même qu'en vertu de la *common law*. Il a été formulé de diverses façons, mais jamais plus succinctement que par sir Robert Phillimore dans l'arrêt *The Charkieh* (1873), L.R. 4 Ad. & Ec. 59, à la page 97.

^e [TRADUCTION] L'objet du droit international, dans le cas qui nous occupe comme dans d'autres domaines, n'est pas de favoriser l'injustice ni d'empêcher la satisfaction d'une juste réclamation, mais de substituer les négociations entre les gouvernements, malgré leur lenteur et leur résultat lointain et incertain, au recours normal aux tribunaux, lorsque celui-ci ^g porterait atteinte à la dignité des représentants d'un État étranger ou les gênerait dans leurs fonctions;

^h La dignité souveraine d'un État étranger semble manifestement mise en cause lorsqu'un tribunal national peut l'obliger à négocier au sujet des conditions de travail de ses employés et, si un ministre de la Couronne le permet, imposer ces conditions. C'est très différent du cas où un tribunal national appliquerait les modalités d'un contrat de travail que l'État étranger a conclu librement. ⁱ

Cependant, dans le présent renvoi, il s'agit strictement de savoir si la requête en accréditation dont le Conseil a été saisi «porte sur une activité commerciale» des É.-U. Ce qui est directement en cause dans une requête en accréditation, ce ne sont pas les contrats de travail des particuliers faisant

it is rather the right of the applicant union to bargain collectively for those employees and the obligation of the employer to likewise bargain. I have come to the conclusion that a certification proceeding does, nevertheless, "relate" to the employment of members of the proposed bargaining unit under contracts of service, entry into which is, in my view, plainly "conduct . . . of a commercial character" on the part of the U.S. I am unable to find anything peculiar to employment on the base that allows me to distinguish, in a meaningful way, the employment in issue. Only if one looks beyond the nature of the employment to its broad purpose—to serve the defence requirements of the U.S.—can invocation of state immunity be rationalized.

I am disturbed by this result. The difficulty I have experienced was anticipated by James Crawford, Professor of Law, University of Adelaide, in an article ["International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions" published in *The British Year Book of International Law* 1983, where he wrote, at page 92:

. . . although the forum State must be accorded some flexibility in the definition of 'commercial transactions', these may be defined as contracts or related industrial or commercial activities, not being transactions governed by international law (such as treaties or public international arbitrations), and not being matters recognized as within the domestic jurisdiction of the foreign State. This latter consideration points to the desirability of distinguishing commercial transactions from contracts of employment: in some respects at least the relations between a State and its employees or servants are matters within its domestic jurisdiction. (The State Immunity Act 1982 (Can.) makes no specific provision for contracts of employment and thus asserts jurisdiction over all such contracts as would be regarded as 'commercial transactions' on the basis, e.g., that there was a breach of contract within the jurisdiction. The difficulty is that in some respects (e.g. payment of wages due) such contracts may be 'commercial transactions'; in other respects (e.g. placement or removal of public servants) they may impinge significantly on the internal administration of the defendant State.)

I conclude that if Parliament intended that foreign states be entitled to invoke immunity from the certification jurisdiction of the Board in respect of employment of Canadians in Canada, the *State Immunity Act* requires amendment.

partie de l'unité de négociation projetée; ce sont plutôt le droit du syndicat requérant de négocier une convention collective pour ces employés et l'obligation pour l'employeur de négocier également. Je suis arrivé à la conclusion qu'une requête en accréditation «porte» néanmoins sur le travail des membres de l'unité de négociation projetée en vertu de contrats de services dont la conclusion constitue clairement, à mon avis, de la part des É.-U. un «acte . . . qui revêt un caractère commercial». Je ne puis rien trouver de spécial au travail effectué sur la base qui me permette de distinguer, de façon significative, le travail en cause. C'est seulement si l'on regarde au-delà de la nature du travail afin de découvrir son objectif général—satisfaire les besoins en défense des É.-U.—qu'on peut rationaliser le recours à l'immunité des États.

Cette conclusion me trouble. Les difficultés que j'ai rencontrées ont déjà été envisagées par James Crawford, qui enseigne le droit à l'Université d'Adélaïde, dans un article [«International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions»] publié dans *The British Year Book of International Law* 1983, dans lequel il écrivait à la page 92:

[TRADUCTION] . . . bien qu'il faille accorder à l'État du tribunal compétent une certaine souplesse dans la définition d'«opérations commerciales», celles-ci peuvent se définir comme des contrats ou des activités industrielles ou commerciales connexes, qui ne sont pas des opérations régies par le droit international (tels que les traités et les arbitrages internationaux publics) ni des affaires reconnues comme relevant de la juridiction nationale de l'État étranger. Ce dernier point indique qu'il est souhaitable de faire la distinction entre les opérations commerciales et les contrats de travail: à certains égards du moins, les relations entre un État et ses employés ou préposés relèvent de sa juridiction nationale. (La Loi sur l'immunité des États de 1982 (Can.) ne prévoit aucune disposition particulière au sujet des contrats de travail et confère ainsi compétence sur tous les contrats de ce genre qui seraient considérés comme étant des «opérations commerciales» à la condition, par exemple, qu'il y ait eu inexécution de contrat à l'intérieur de la juridiction. Le problème est que, à certains égards (par exemple le versement de salaires dus), ces contrats peuvent constituer des «opérations commerciales»; à d'autres égards (par exemple l'orientation ou le déplacement de fonctionnaires), ils peuvent avoir des répercussions importantes sur la gestion interne de l'État défendeur.)

J'en conclus que, si le Parlement a voulu que les États étrangers puissent invoquer l'immunité de juridiction devant le Conseil en matière d'accréditation relativement au travail de citoyens canadiens au Canada, la *Loi sur l'immunité des États* doit être modifiée.

CONCLUSION

I would answer the first question referred in the negative. The U.S. cannot claim state immunity with respect to the application for certification filed by the Union on behalf of Canadian civilians employed at its naval base at Argentia, Newfoundland.

STONE J.A.: I agree.

CONCLUSION

Je répondrais par la négative à la première question mentionnée. Les États-Unis ne pouvaient pas réclamer l'immunité de juridiction relativement à la demande d'accréditation déposée par le Syndicat au nom de civils canadiens travaillant à sa base navale d'Argentia (Terre-Neuve).

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.