

**Donald C. Kelso** (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** (*Defendant*)  
*Respondent*.

1980: November 10; 1981: February 3.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Chouinard  
and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Labour law — Public Service — Tenure of position — Bilingualism — Regulation exempting employees in bilingual positions from statutory linguistic requirements — Operation of Public Service Official Languages Exclusion Order — Right to remain in or to be reinstated to former position — Employer's management rights as opposed to employee's rights to remain in position — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 31 — Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(1) — Public Service Official Languages Exclusion Order, SOR/77-886, s. 6(a).*

Appellant, a unilingual anglophone air traffic controller was transferred under protest from Montreal to Cornwall after his Montreal position had been declared bilingual. Both the Federal Court-Trial Division and the Federal Court of Appeal dismissed appellant's application for a declaration that he was entitled to remain in, or to be reinstated to, his former position with full salary and benefits. The issues before the Court were narrow. Firstly, did the exception created by s. 6(a) of the *Public Service Official Languages Exclusion Order*, SOR/77-886, exclude the appellant from the general requirement of bilingualism created by the *Public Service Employment Act*? Secondly, was appellant's right to remain in or to be reinstated to his Montreal position extinguished by his having accepted, under protest, the Cornwall position? Thirdly, did the employer's general power to allocate and manage manpower resources override any right which appellant may have enjoyed to remain in his former position?

*Held:* The appeal should be allowed.

The *Exclusion Order* prohibited the government from "separating" an incumbent from his position on the sole basis of language, whether for incapacity under s. 31 of the *Public Service Employment Act* or by an involuntary transfer. While the *Exclusion Order* did not have

**Donald C. Kelso** (*Demandeur*) *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** (*Défenderesse*) *Intimée*.

1980: 10 novembre; 1981: 3 février.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie,  
Dickson, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit du travail — Fonction publique — Permanence d'un poste — Bilinguisme — Règlement exemptant des exigences linguistiques prévues à la loi des employés occupant des postes bilingues — Application du Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique — Droit de demeurer ou d'être rétabli dans un poste antérieur — Droits de gestion de l'employeur en opposition avec les droits de l'employé de demeurer dans un poste — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 31 — Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 7(1) — Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique, DORS/77-886, art. 6a).*

L'appelant, un contrôleur aérien anglophone unilingue, a été muté, sous réserve de sa part, de Montréal à Cornwall après que son poste à Montréal eut été désigné bilingue. La Cour fédérale, Division de première instance, et la Cour d'appel fédérale ont rejeté la demande de l'appelant qui sollicitait une déclaration qu'il avait le droit de demeurer ou d'être rétabli dans son poste avec plein salaire et avantages sociaux. Les questions soumises à la Cour sont restreintes. Premièrement, l'exception établie par l'al. 6a) du *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique*, DORS/77-886 exempte-t-elle l'appelant de l'exigence générale de bilinguisme créée par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*? Deuxièmement, le droit de l'appelant de demeurer ou d'être rétabli dans son poste à Montréal a-t-il été éteint par son acceptation, sous réserve, d'un poste à Cornwall? Troisièmement, le pouvoir général de l'employeur de répartir et de gérer les effectifs l'emporte-t-il sur le droit qu'avait l'appelant de demeurer dans son poste antérieur?

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le *Décret d'exclusion* interdit au gouvernement d'enlever un poste à son titulaire sur le seul fondement de la langue, que ce soit pour incapacité en vertu de l'art. 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ou par mutation involontaire. Bien que le *Décret d'exclusion*

the effect of vesting in the appellant a right in any particular position the government's right to allocate resources and manpower was not unlimited in that it could not override the *Exclusion Order*.

An employee's rights were not to be extinguished because he chose not to accept the risk of dismissal for refusing to follow his employer's reasonable instructions, as required at common law, while contesting the legality of those instructions. A contrary conclusion could lead to the intolerable situation of an employee risking disciplinary action in order to preserve legal rights. The relevant issue, therefore, was whether the employee had been separated *de jure* from his position and not whether he had been separated from it in fact.

Considerations concerning the *bona fides* of the officers and the impropriety of the pressure were irrelevant. Where an official lacked the legal authority to do an act, it was not a defence to claim against him that he honestly believed that he had the requisite authority.

The Court could not actually appoint the appellant to the Public Service for the administrative act of appointment was to be performed by the Commission. Nevertheless, the Court was entitled to "declare" the respective legal rights of the appellant and the respondent. The Public Service Commission was subject to the law and if it acted otherwise the courts were entitled so to declare.

*Pepper v. Webb*, [1969] 1 W.L.R. 514, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal<sup>1</sup>, dismissing an appeal from a decision of Mahoney J. Appeal allowed.

*J. P. Nelligan, Q.C.*, for the plaintiff appellant.

*W. L. Nisbet, Q.C.*, for the defendant respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—Mr. Donald Kelso is a unilingual anglophone, who was employed in position TACQ-0274 as an Air Traffic Controller in the Montreal Area Control Centre. In May 1978, as part of its policy of bilingualism in the Quebec Region, the Ministry of Transport transferred Mr. Kelso under protest to the Transport Canada Training Institute in Cornwall, Ontario. Mr. Kelso seeks a declara-

n'ait pas pour effet d'attribuer à l'appelant un droit acquis à un poste précis, le droit du gouvernement de répartir les ressources et les effectifs n'est pas illimité et ne peut l'emporter sur le *Décret d'exclusion*.

Les droits de l'employé ne doivent pas être éteints parce qu'il décide de ne pas prendre le risque d'être renvoyé en refusant de suivre, comme l'exige la *common law*, les directives raisonnables de son employeur, même s'il conteste la validité de ces directives. Une conclusion contraire entraînerait le résultat inique qu'un employé serait obligé de prendre le risque d'une sanction disciplinaire pour préserver ses droits. La question pertinente par conséquent est de savoir si on a enlevé en droit le poste à l'appelant, et non de savoir si on le lui a enlevé en fait.

Les considérations relatives à la bonne foi des fonctionnaires et aux pressions illicites ne sont pas pertinentes. Dans le cas où un fonctionnaire n'a pas légalement le pouvoir de faire quelque chose, sa conviction honnête qu'il a le pouvoir requis ne constitue pas un moyen de défense à une action intentée contre lui.

La Cour ne peut pas nommer l'appelant à un poste dans la Fonction publique puisque l'acte administratif de nomination est du ressort de la Commission. Néanmoins, la Cour a le droit de «déclarer» quels sont juridiquement les droits respectifs de l'appelant et de l'intimée. La Commission de la Fonction publique n'est pas au-dessus des lois, et si elle y contrevient, les tribunaux ont le droit de le déclarer.

Jurisprudence: *Pepper v. Webb*, [1969] 1 W.L.R. 514.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale<sup>1</sup>, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Mahoney. Pourvoi accueilli.

*J. P. Nelligan, c.r.*, pour le demandeur appellant.

*W. L. Nisbet, c.r.*, pour la défenderesse intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—M. Donald Kelso est un anglophone unilingue qui occupait le poste TACQ-0274 en qualité de contrôleur aérien au Centre de contrôle de la région de Montréal. En mai 1978, dans le cadre de sa politique de bilinguisme dans la région du Québec, le ministère des Transports a muté M. Kelso, qui a accepté sous réserve, à l'Institut de formation de Transports Canada à

<sup>1</sup> [1980] 1 F.C. 659, (1979), 105 D.L.R. (3d) 490.

<sup>1</sup> [1980] 1 C.F. 659, (1979), 105 D.L.R. (3d) 490.

tion that he is entitled to remain in, or be reinstated to, his former position with full salary and benefits.

Although such engaging subjects as Canadian bilingualism, air safety, management rights and movement under protest, were canvassed in argument the issues before us are, in reality, very narrow. The first: does the exception created by s. 6(a) of the *Public Service Official Languages Exclusion Order*, SOR/77-886, a Regulation passed under the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, exclude the appellant, Mr. Kelso, from the general requirement of bilingualism created by the *Public Service Employment Act*? The second: was Mr. Kelso's right to remain in, or be reinstated to, position TACQ-0274 in Montreal extinguished by his having accepted, under protest, an offer of employment with the Transport Canada Training Institute in Cornwall? The third: does the general power of the Treasury Board, as employer, to allocate and manage manpower resources override any right which Mr. Kelso may enjoy to remain in position TACQ-0274?

## I

On June 3, 1969, Mr. Kelso was appointed by competition from within the Public Service to position TACQ-0274 at Montreal within the Ministry of Transport. Shortly thereafter, the Government of Canada affirmed the concept that every citizen ought to be able to deal with the Government in the official language of his choice. English and French would enjoy equal status and privilege as to their use in all federal institutions. Statutory expression of this policy is to be found in s. 2 of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. 0-2.

The federal government, however, has not obdurately followed the ethic of bilingualism. It has recognized that even though a position in the Public Service may have been designated "bilingual", in certain circumstances a unilingual incumbent would be able to continue in the position. The first recognition of this appears in a Joint Resolu-

Cornwall (Ontario). M. Kelso cherche à obtenir un jugement déclarant qu'il a le droit de demeurer ou d'être rétabli dans son ancien poste avec plein salaire et avantages sociaux.

Bien qu'on ait fait état au cours des plaidoiries de sujets aussi brûlants que le bilinguisme au Canada, la sécurité aérienne, les droits de gestion et les mutations sous réserve, les questions en litige ici sont en fait très limitées. Premièrement: l'exception créée par l'al. 6(a) du *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique*, DORS/77-886, un règlement adopté en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, dégage-t-elle l'appelant, M. Kelso, de l'exigence générale de bilinguisme créée par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*? Deuxièmement: le droit de M. Kelso de demeurer ou d'être rétabli dans le poste TACQ-0274 à Montréal a-t-il été éteint par son acceptation, sous réserve, d'une offre d'emploi à l'Institut de formation de Transports Canada à Cornwall? Troisièmement: le pouvoir général au Conseil du Trésor, en tant qu'employeur, de répartir et de gérer les effectifs, l'emporte-t-il sur tout droit que peut posséder M. Kelso de demeurer dans le poste TACQ-0274?

## I

Le 3 juin 1969, à la suite d'un concours restreint, M. Kelso était nommé au poste TACQ-0274 au ministère des Transports à Montréal. Peu après, le gouvernement du Canada énonçait le principe que tout citoyen devrait pouvoir communiquer avec le gouvernement dans la langue officielle de son choix, et que l'anglais et le français auraient des droits et privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions fédérales. La consécration législative de cette politique se trouve à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, chap. 0-2.

Toutefois, le gouvernement fédéral n'a pas suivi de façon inflexible la règle du bilinguisme. Il a reconnu que même si l'on avait désigné un poste de la Fonction publique comme «bilingue», un titulaire unilingue pouvait, dans certaines circonstances, continuer à l'occuper. Ce principe fut reconnu pour la première fois dans une Résolution

tion of the House of Commons and the Senate of Canada (*Journals of the House of Commons of Canada*, June 6, 1973, No. 97). The pertinent portion reads:

That this House,

(i) aware that, as provided in the Official Languages Act, the English and French languages possess and enjoy equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and Government of Canada;

cognizant that it is the duty of departments and agencies of the Government of Canada to ensure, in accordance with that Act, that members of the public can obtain available services from and communicate with them in both official languages; while

recognizing that public servants should, as a general proposition and subject to the requirements of the Official Languages Act respecting the provision of services to the public, be able to carry out their duties in the Public Service of Canada in the official language of their choice;

Do hereby recognize and approve the following Principles for achieving the foregoing:

(6) that unilingual incumbents of bilingual positions may elect to become bilingual and undertake language training or transfer to another job having the same salary maximum, or, if they were to decline such a transfer, to remain in their positions even though the posts have been designated as bilingual; [Underlining added.]

Three options are envisaged in paragraph (6) of the Joint Resolution:

- (i) become bilingual,
- (ii) transfer to another job,
- (iii) remain in present position.

Acceptance of unilingual incumbents in bilingual posts was later reflected in Treasury Board circular 1973-88 of June 29, 1973:

20. Unilingual incumbents of positions identified as bilingual will be given the opportunity of taking up to twelve months in language training to enable them to become bilingual. If they choose not to become bilingual, or are unsuccessful in their efforts to do so, they will be offered a transfer to a unilingual position which has a salary maximum at least within the range of one annual increment of the position previously occupied. If

conjointe de la Chambre des communes et du Sénat du Canada (*Journaux de la Chambre des communes du Canada*, le 6 juin 1973, n° 97). Voici l'extrait pertinent:

Que la Chambre,

(i) sachant que, comme le stipule la Loi sur les langues officielles, les langues française et anglaise ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada;

sachant qu'il incombe aux ministères et organismes du gouvernement du Canada de veiller à ce que, conformément à ladite Loi, le public puisse communiquer avec eux et obtenir leurs services dans les deux langues officielles; tout en

reconnaissant que les fonctionnaires devraient pouvoir, en règle générale, et sujet aux dispositions de la Loi sur les langues officielles relatives aux services à donner au public, accomplir leurs fonctions au sein du gouvernement du Canada dans la langue officielle de leur choix;

Reconnaisse et approuve par les présentes les principes suivants en vue d'atteindre les objectifs susmentionnés:

(6) tout titulaire unilingue d'un poste bilingue peut choisir d'entreprendre une formation linguistique et de devenir bilingue, ou d'être muté à un autre poste dont le salaire maximal est le même que celui du poste dont il était titulaire; ou encore, s'il devait refuser une telle mutation, de conserver son poste même si celui-ci a été désigné comme bilingue; [C'est moi qui souligne.]

Le paragraphe 6 de la Résolution conjointe envisage trois possibilités:

- (i) devenir bilingue,
- (ii) être muté à un autre poste,
- (iii) conserver son poste.

Par la suite, la circulaire du Conseil du Trésor n° 1973-88 du 29 juin 1973 envisage le maintien de titulaires unilingues dans des postes bilingues:

20. Les titulaires unilingues des postes identifiés comme bilingues se verront offrir un stage de formation linguistique pouvant aller jusqu'à douze mois, afin de leur permettre de devenir bilingues. S'ils choisissent de ne pas devenir bilingues, ou s'ils ne réussissent pas à le devenir, on leur offrira une mutation à un poste unilingue dont le salaire maximum se situe au moins à une augmentation statutaire près du poste qu'ils occupaient

they decline a transfer, they will be entitled to remain in their position, even though the position has been designated as bilingual. Where, under the above circumstances, a unilingual employee occupies a position designated as bilingual, the Department concerned will be required to make alternative administrative arrangements to meet the language requirements of the position. The Treasury Board will provide the necessary funds and man-years to give effect to these arrangements. [Underlining added.]

This policy was given statutory recognition in the *Public Service Employment Act*. Section 20 of the *Act* provides that employees appointed to the Public Service shall be qualified in English and French "to the extent that the Commission deems necessary in order that . . . effective service can be provided to the public". An exception to the general requirement of bilingualism is created by the *Public Service Official Languages Exclusion Order*. Section 6(a) of the *Exclusion Order* exempts incumbents of positions in the Public Service from any requirement of bilingualism. It states:

6. The following persons are hereby excluded from the operation of section 20 of the Act, in so far as the knowledge and use of both official languages is required for a bilingual position, for the period during which he occupies that bilingual position, namely,

(a) any person who occupies a position, to which he was appointed for an indeterminate period, that he occupied at the time it was identified by the deputy head as requiring the knowledge and use of both official languages;

Implicit in all of this, it seems to me, is the assurance to the unilingual incumbent that he will not be dismissed or adversely affected on the basis of language ability, or perhaps one should say, language inability.

## II

Turning then to the position of air traffic controllers and, particularly, Mr. Kelso. In the early 1970's, the Ministry of Transport began study of the feasibility of introducing bilingual air traffic control at airports in the Province of Quebec. In 1974, the Ministry authorized the use of the French language, in addition to English, in the

précédemment. S'ils refusent cette mutation, ils conservent le droit de demeurer dans leur poste, même si celui-ci a été désigné comme bilingue. Lorsque, dans les circonstances précitées, un employé unilingue occupe un poste désigné comme bilingue, le ministère en cause devra prendre les dispositions administratives qui s'imposent afin de répondre aux exigences linguistiques du poste. Le Conseil du Trésor fournira les sommes et les années-homme nécessaires à la mise en œuvre de ces dispositions. [C'est moi qui souligne.]

Cette politique a reçu une consécration législative dans la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. L'article 20 de la *Loi* prévoit que les employés nommés à la Fonction publique doivent posséder une connaissance de l'anglais et du français «dans la mesure que la Commission estime nécessaire pour [qu'on] puisse . . . fournir au public un service efficace». Le *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique* crée une exception à l'exigence générale de bilinguisme. L'alinéa 6a) du *Décret d'exclusion* exempte de toute exigence de bilinguisme les titulaires de postes de la Fonction publique. Le voici:

6. Sont exclus de l'application de l'article 20 de la loi, dans la mesure où la connaissance et l'usage des deux langues officielles sont requis pour un poste bilingue, pour la période durant laquelle ils occupent ce poste,

a) tout employé qui occupe un poste auquel il a été nommé pour une période indéterminée et qu'il occupait au moment où le poste a été identifié par le sous-chef comme exigeant la connaissance et l'usage des deux langues officielles,

A mon avis, on assure implicitement par là au titulaire unilingue qu'il ne sera pas renvoyé ni ne subira de préjudice en raison de sa compétence linguistique, ou peut-être devrait-on dire de son incompétence linguistique.

## II

Examinons maintenant la situation des contrôleurs aériens et en particulier celle de M. Kelso. Au début des années 1970, le ministère des Transports a commencé à étudier la possibilité d'implanter le bilinguisme dans le contrôle de la circulation aérienne aux aéroports de la province de Québec. En 1974, le Ministère autorisait l'usage du fran-

provision of airport control service at five Quebec airports. Following assessment of this pilot project, the Minister of Transport announced in December of 1975 that the Government would begin phasing in bilingual air traffic control throughout the province. To implement this policy, controllers throughout Quebec would have to be fluently bilingual, at least in terms of work-related terminology.

Such a requirement obviously clashed with the principle that incumbents in the Public Service would be entitled to remain in their positions even after the positions had been designated bilingual. One suggested resolution of the conflict was the provision of a bilingual "double" for each unilingual controller who refused a transfer or was unwilling or unable to meet the language requirements. This alternative was unacceptable to the Ministry, which felt that "their [*i.e.*—unilingual controllers] continued presence would constitute a threat to the safety and security provisions for which Transport is responsible under the Aeronautics Act" (Transport Canada Submission to Treasury Board, March 24, 1976). Accordingly, the Ministry requested Treasury Board to approve a special "relocation package" which would encourage unilingual controllers to transfer voluntarily out of Quebec. Treasury Board approved this package on April 8, 1976.

Mr. Kelso refused the opportunity of language training. His experience in growing up in Quebec and one month of language training left him with the opinion that he would never be able to attain the necessary proficiency in French.

In December 1975, controllers at the Montreal Area Control Centre were notified that air traffic control services in the Quebec Region would, in the future, be provided in French and English. These controllers were offered the opportunity to apply for transfers out of Quebec Region with special benefits. Employees were permitted to review both their decisions to transfer and the

çais, en plus de l'anglais, dans les services de contrôle aérien de cinq aéroports du Québec. Suite à l'évaluation de ce projet-pilote, le ministre des Transports annonçait en décembre 1975 que le gouvernement allait introduire graduellement le bilinguisme dans le contrôle de la circulation aérienne dans toute la province. Pour mettre cette politique en œuvre, il fallait que tous les contrôleurs du Québec maîtrisent couramment les deux langues, du moins pour ce qui est du vocabulaire spécialisé.

Pareille exigence entraînait manifestement en contradiction avec le principe que les titulaires de postes dans la Fonction publique auraient le droit de les conserver, même après la désignation de ces postes comme bilingues. On a proposé de régler le conflit en donnant une «double» bilingue à chaque contrôleur unilingue qui refusait une mutation ou qui ne voulait pas ou ne pouvait pas satisfaire aux exigences linguistiques. Le Ministère a jugé cette solution inacceptable car «il est à craindre que leur [celle des contrôleurs unilingues] présence continue entraverait l'application des mesures de sécurité dont est responsable le ministre des Transports en vertu de la Loi sur l'aéronautique» (Présentation de Transports Canada au Conseil du Trésor, le 24 mars 1976.) Le Ministère a alors demandé au Conseil du Trésor d'approuver un «ensemble de mesures» spéciales qui inciterait les contrôleurs unilingues à demander leur mutation hors du Québec. Le Conseil du Trésor a approuvé ces mesures le 8 avril 1976.

M. Kelso a refusé de suivre la formation linguistique. Son expérience, savoir, d'avoir grandi au Québec et d'avoir suivi un mois de formation linguistique, l'avait convaincu qu'il ne pourrait jamais atteindre le niveau requis de compétence en français.

En décembre 1975, les contrôleurs du Centre de contrôle de la région de Montréal ont été avisés que le service de contrôle de la circulation aérienne au Québec serait à l'avenir assuré dans les deux langues officielles. On leur a alors donné la possibilité de demander leur mutation à l'extérieur du Québec avec des avantages spéciaux. Une fois leur demande présentée, les employés pouvaient chan-

destinations of their transfers once the applications had been made.

In February of 1976, Mr. Kelso applied for transfer to Halifax. On March 31, 1976, his position was declared bilingual. He was thereafter, a unilingual incumbent of a bilingual position. In July of that year, he changed his requested destination to Cornwall.

Nothing came of the application for transfer until February of 1978, at which time Mr. Kelso was informed that the date of his move would be May 1, 1978. He then had a change of heart. In April 1978, he informed the Ministry that he was withdrawing his request for transfer and asserting his right to remain in his position in Montreal.

Officials at the Ministry did not take kindly to this. Mr. Kelso's superiors told him he had two options only: he could accept the transfer to Cornwall, or he would be released for incapacity under s. 31 of the *Public Service Employment Act*; he was given two days within which to decide. He decided to accept the offer of employment in Cornwall but under protest, stating that he had been required to accept the transfer to protect his employment in the Public Service.

Mr. Kelso shortly thereafter commenced an action in the Federal Court claiming he was entitled to be reinstated in his position in the Montreal region. Mr. Justice Mahoney of the Trial Division refused relief. Mahoney J. accepted the argument that the transfer was contrary to the Joint Resolution of Parliament, but held that a Resolution of the House of Commons is not legally binding. He also found it would have been unlawful for the Crown to have dismissed Kelso for incapacity in light of s. 6(a) of the *Exclusion Order*. He found that Mr. Kelso did not freely and willingly accept the transfer to Cornwall and that the pressure on him to do so was "real". He went on to conclude, however, that when Mr. Kelso accepted the transfer to Cornwall his right to remain in his position in Montreal was extinguished: "... a judgment will not issue declaring a past right that has been utterly extinguished". He held that a right to be reinstated did not flow from the fact that Mr. Kelso could successfully

ger tant leur décision relative à leur mutation que celle relative au lieu choisi.

En février 1976, M. Kelso a demandé une mutation à Halifax. Le 31 mars 1976, son poste a été déclaré bilingue. Il est donc devenu le titulaire unilingue d'un poste bilingue. En juillet de la même année, il a changé d'avis et demandé d'être muté à Cornwall.

Sa demande de mutation n'a eu aucune suite jusqu'en février 1978, quand on l'a informé que son départ était fixé au 1<sup>er</sup> mai 1978. Il a alors changé son fusil d'épaule. En avril 1978, il a avisé le Ministère qu'il retirait sa demande de mutation et qu'il se prévalait de son droit de demeurer dans son poste à Montréal.

Les fonctionnaires du Ministère ont mal pris sa décision. Les supérieurs de M. Kelso l'ont avisé qu'il avait un seul choix: à défaut d'accepter la mutation à Cornwall, il serait renvoyé pour incapacité en vertu de l'art. 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. On lui a donné deux jours pour se décider. Il a décidé d'accepter l'offre d'emploi à Cornwall, mais sous réserve, déclarant être obligé d'accepter la mutation pour protéger son emploi dans la Fonction publique.

Peu après, M. Kelso a intenté une action en Cour fédérale alléguant qu'il avait le droit d'être rétabli dans son poste dans la région de Montréal. En Division de première instance, M. le juge Mahoney l'a débouté de sa demande. Le juge Mahoney a accepté l'argument que la mutation était contraire à la Résolution conjointe du Parlement, mais il a jugé qu'une résolution de la Chambre des communes ne lie personne en droit. Il a aussi conclu que le gouvernement aurait agi illégalement s'il avait renvoyé Kelso pour incapacité, vu l'al. 6a) du *Décret d'exclusion*. Il a conclu que M. Kelso n'a pas accepté librement et volontairement d'être muté à Cornwall et que les pressions exercées sur lui étaient «réelles». Il a toutefois fini par conclure que lorsque M. Kelso a accepté la mutation à Cornwall, son droit de demeurer dans le poste de Montréal s'est éteint: «... la Cour ne rendra pas de jugement déclarant un droit passé, totalement éteint». Il a jugé que ni le fait que M. Kelso aurait pu contester, avec succès, son renvoi

have resisted his removal for incapacity or from the fact that Mr. Kelso gave up the position under threat of an illegal removal and under protest.

The Federal Court of Appeal dismissed the appeal from this judgment. All three judges agreed that whatever right Mr. Kelso may have had to remain in the position in Montreal was extinguished when he accepted the position in Cornwall. The Chief Justice, speaking for himself and Kerr J., held that Mr. Kelso was entitled to a declaration only if the transfer to Cornwall had been a "nullity". The reason for introducing the notion of "nullity" is not clear, though it may flow from the precise wording of s. 6(a) of the *Exclusion Order* which states that an incumbent is entitled to be exempted from the requirements of bilingualism only "for the period during which he occupies that bilingual position". The Court seems to have assumed that Mr. Kelso would be entitled to a declaration only if he still occupied the position. If it could be determined that he had left the position, then he was no longer entitled to the protection of the *Exclusion Order*. If, however, the transfer was a "nullity", then it could be said he had never left the position. Jackett C.J. decided that the consent obtained to the transfer was not vitiated by duress and accordingly denied the claim for relief. He dealt with the matter in these terms:

On the other hand, there is nothing to indicate that the officers concerned did not act under a *bona fide* belief that, as the appellant himself alleges in his statement of claim, "position TACQ-0274 ... was designated bilingual" and he had become "a unilingual incumbent of a bilingual position"; and, assuming that that was so, it is difficult to see in what way the "pressure" exerted was improper. In any event, even if there had been a lack of *bona fides* on their part in the action that they took, I am not convinced that the result would be that his consent to the transfer was a nullity. If it was not a nullity, the appellant is not, in my view, entitled to the first declaration that he seeks.

### III

Before this Court, counsel for the Crown argued but faintly the submissions which found favour with the Federal Court of Appeal. Instead, counsel advanced a separate line of argument based on the

pour incapacité, ni le fait qu'il ait abandonné son poste sous la menace d'un renvoi illégal et sous réserve, ne lui donnent le droit d'être rétabli dans son poste.

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de ce jugement. Les trois juges ont convenu que, quel que droit que M. Kelso ait pu avoir de demeurer dans le poste de Montréal, ce droit s'est éteint lorsqu'il a accepté le poste de Cornwall. En son nom et au nom du juge Kerr, le Juge en chef a conclu que M. Kelso aurait droit à un jugement déclaratoire seulement si la mutation à Cornwall était «nulle». La raison du recours à la notion de «nullité» n'est pas claire, mais il peut découler du texte précis de l'al. 6a) du *Décret d'exclusion* qui énonce que les titulaires ont le droit d'être exemptés des exigences de bilinguisme seulement «pour la période durant laquelle ils occupent ce poste bilingue». La Cour a apparemment présumé que M. Kelso aurait droit à un jugement déclaratoire seulement s'il occupait encore le poste. Si l'on peut établir qu'il l'a quitté, il n'a plus droit à la protection du *Décret d'exclusion*. Si, par contre, la mutation était «nulle», on pourrait alors dire qu'il ne l'a jamais quitté. Comme le juge en chef Jackett a décidé que le consentement à la mutation n'avait pas été vicié par la contrainte, il a refusé d'accorder le redressement demandé. Voici comment il a traité la question:

Par contre, rien ne permet de croire que les fonctionnaires concernés n'ont pas agi en toute bonne foi, avec la conviction que, comme l'appellant l'a lui-même allégué dans sa déclaration, [TRADUCTION] «le poste TACQ-0274 ... avait été désigné bilingue» et que l'appellant était devenu «le titulaire unilingue d'un poste bilingue»; si l'on accepte ceci, je ne vois pas comment les «pressions» exercées sur ce dernier pourraient être qualifiées d'illicites. D'ailleurs, même si ces fonctionnaires n'avaient pas agi de bonne foi, je ne suis pas convaincu que le consentement de l'appellant à sa mutation serait nul. En conséquence, j'estime que celui-ci n'a pas droit à la première déclaration sollicitée.

### III

Devant cette Cour, le substitut du procureur général a plaidé les points que la Cour d'appel fédérale avait retenus, mais sans insister. Il a par contre fait valoir toute une nouvelle argumentation



overriding power of the Crown to allocate and manage resources in the Public Service. These "management rights" are explicitly recognized by the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(1), which provides, *inter alia*, that the Treasury Board may,

(a) determine the manpower requirements of the public service and provide for the allocation and effective utilization of manpower resources within the public service;

(c) provide for the classification of positions and employees in the public service;

The Crown argues that the effect of s. 6(a) of the *Exclusion Order* is merely to exempt the employees to whom it is applicable from having to meet any language qualifications the Public Service Commission deems necessary; the section does not have the effect of vesting in the appellant a legal right in position TACQ-0274. Nor does it constitute a bar to the exercise by the Crown as represented by the Treasury Board (or by the Deputy Minister of Transport as the delegate of that Board) of its statutory authority to provide for the allocation and effective utilization of manpower resources within the Public Service and of the statutory authority of the Minister of Transport to manage and direct the Department of Transport. As broad propositions, there can be little debate as to most of these submissions. I agree that Mr. Kelso does not have any vested right in, or long-term tenure to, position TACQ-0274; there is no vested right in any particular position in the Public Service; the tenure is in the Service rather than to a position within that Service. No one is challenging the general right of the Government to allocate resources and manpower as it sees fit. But this right is not unlimited. It must be exercised according to law. The government's right to allocate resources cannot override a statute such as the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, or a regulation such as the *Exclusion Order*. In my view, the meaning and intent of this Order is such as to entitle an employee to remain in a position even though he does not meet the language requirements of the position.

fondée sur le pouvoir prépondérant du gouvernement de répartir et de gérer les ressources de la Fonction publique. Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, reconnaît explicitement ces «droits de gestion». Il prévoit notamment que le Conseil du Trésor peut,

a) déterminer les effectifs nécessaires à la fonction publique et assurer la répartition et la bonne utilisation des effectifs au sein de la fonction publique;

c) prévoir la classification des postes et des employés au sein de la fonction publique;

Le gouvernement allègue que l'al. 6a) du *Décret d'exclusion* a seulement pour effet d'exempter les employés auxquels il s'applique de posséder les compétences linguistiques que la Commission de la Fonction publique estime nécessaires; cet alinéa n'a pas pour effet de conférer à l'appelant un droit au poste TACQ-0274. Il n'empêche pas non plus le gouvernement, représenté par le Conseil du Trésor (ou par le sous-ministre des Transports à titre de délégué du Conseil), d'exercer les pouvoirs que lui confère la loi pour assurer la répartition et la bonne utilisation des effectifs au sein de la Fonction publique, ni d'exercer les pouvoirs que la loi confère au ministre des Transports pour diriger et gérer le ministère des Transports. En tant qu'énoncés généraux, la plupart de ces allégations ne sont pas vraiment discutables. Je conviens que M. Kelso n'a aucun droit acquis au poste TACQ-0274 ni n'a de statut permanent à long terme. Il n'existe pas de droits acquis à un poste donné de la Fonction publique; le statut permanent existe au sein de la Fonction publique, plutôt qu'à l'égard d'un poste donné. Personne ne conteste le droit général du gouvernement de répartir les ressources et les effectifs comme il le juge approprié. Mais ce droit n'est pas illimité. Son exercice doit respecter la loi. Le droit du gouvernement de répartir les ressources ne peut l'emporter sur une loi telle que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, ou sur un règlement tel que le *Décret d'exclusion*. A mon avis, de par le sens et la portée de ce Décret, un employé a le droit de demeurer dans un poste même s'il ne répond pas aux exigences linguistiques pertinentes.

Although the Joint Resolution of the House of Commons and the Senate of Canada passed in June 1973 may not be legally binding, in the sense of creating enforceable legal rights and obligations, it is, nonetheless, indicative of legislative intention. The resolution explicitly provided that unilingual incumbents of bilingual positions are entitled to "remain in their positions even though the posts have been designated as bilingual". Treasury Board Circular 1973-88 reinforces this view.

In short, I conclude that the *Exclusion Order* prohibits the government from "separating" an incumbent from his position on the sole basis of language. This includes an involuntary transfer as well as dismissal for incapacity under s. 31 of the *Public Service Employment Act*. The first submission of the Crown fails.

#### IV

The Crown relied, in the alternative, on the contentions that found favour in the courts below. This submission, not pleaded, was based on the proposition that Mr. Kelso had a "past right to remain" in his position in Montreal but that this right had been utterly extinguished when he accepted the transfer to Cornwall, notwithstanding that his acceptance was under protest and a threat of illegal removal from that position. The issue, in the Crown respondent's submission, is now 'dead' and cannot be the subject of a declaratory judgment.

The Court of Appeal accepted this argument. Jaccett C.J. assumed that once the government succeeded in "separating" the incumbent from his position his rights were extinguished. The Court accordingly directed its mind to the question of whether the appellant in fact had been separated from his position. Jaccett C.J. concluded that since the consent had not been a "nullity", Mr. Kelso in fact had been separated from his position and his "right to remain" had ended.

With respect, I do not think the issue is whether the appellant in fact had been separated from his position, but whether he has been separated *de jure*. The question is whether or not the Crown

Même si la Résolution conjointe de la Chambre des communes et du Sénat, adoptée en juin 1973, peut ne lier personne en droit, en ce sens qu'elle ne créerait pas de droits ni d'obligations exécutoires juridiquement, elle indique néanmoins l'intention du législateur. La résolution prévoit explicitement que tout titulaire unilingue d'un poste bilingue a le droit de «conserver son poste même si celui-ci a été désigné comme bilingue». La circulaire n° 1973-88 du Conseil du Trésor va dans le même sens.

En bref, je conclus que le *Décret d'exclusion* interdit au gouvernement d'«enlever» un poste à son titulaire sur le seul fondement de la langue. Ceci comprend une mutation involontaire de même qu'un renvoi pour incapacité en vertu de l'art. 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. La première prétention du gouvernement échoue.

#### IV

Subsidiairement, le gouvernement s'appuie sur les prétentions que les tribunaux d'instance inférieure ont agréées. Cette allégation, non plaidée, est fondée sur la proposition que M. Kelso avait un «droit passé de demeurer» dans le poste de Montréal, mais que ce droit s'est totalement éteint quand il a accepté sa mutation à Cornwall, nonobstant le fait qu'il n'a accepté que sous réserve et sous la menace d'un renvoi illégal. Selon l'allégation de l'intimée, il s'agit maintenant d'une question «révolue» qui ne peut faire l'objet d'un jugement déclaratoire.

La Cour d'appel a accepté cet argument. Le juge en chef Jaccett a présumé qu'une fois que le gouvernement a réussi à «enlever» le poste au titulaire, les droits de ce dernier se sont éteints. La Cour a donc analysé la question de savoir si on avait de fait enlevé le poste à l'appelant. Le juge en chef Jaccett a conclu que puisque le consentement de M. Kelso n'était pas «nul», on lui avait en fait enlevé son poste et que son «droit d'y demeurer» avait pris fin.

Avec égards, je ne crois pas que la question soit de savoir si l'on avait en fait enlevé le poste à l'appelant, mais plutôt de savoir si c'était le cas en droit. La question est de savoir si l'intimée avait le

respondent had the right to transfer Mr. Kelso out of his position on the sole basis of his language ability. I have already concluded that the Crown possessed no such right.

A contrary conclusion would lead to a curious result. At common law, employees were under a duty to obey all reasonable orders. (See *Pepper v. Webb*)<sup>2</sup>. This rule has been preserved in the collective bargaining context, where the employee must "obey now, grieve later" except where the order involves the performance of an illegal act or will endanger the safety of the worker. (See Brown and Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (1977) at p. 343, and cases cited therein.) Thus Mr. Kelso was under a duty to obey the order of the employer to accept the transfer to Cornwall. If Mr. Kelso had refused to accept the transfer, this might, in and of itself, have exposed him to disciplinary action. I cannot accept the submission that Mr. Kelso's rights were "extinguished" by the acceptance "under protest" of the transfer to Cornwall. It would be intolerable if employees were forced to risk disciplinary action in order to preserve legal rights. Rights are not extinguished by obeying the employer's instruction while at the same time contesting his decision. This maintains the employee in employment and mitigates potential losses if the decision should prove to be wrong. His rights are not extinguished because he chooses not to accept the risk of dismissal.

In the Court of Appeal the question of the *bona fides* of the officers and the impropriety of the pressure was raised. With respect, these considerations are irrelevant. In cases where an official lacks the legal authority to do an act it is no defence to a claim against him that he honestly believed he had the requisite authority. The pressure was "improper" because the officials had no legal authority to dismiss Mr. Kelso for failing to learn French, his rights being protected by regulation.

droit de muter M. Kelso sur le seul fondement de la compétence linguistique. J'ai déjà conclu que le gouvernement n'avait pas ce droit.

Une conclusion contraire entraînerait un résultat singulier. En *common law*, les employés avaient l'obligation d'obéir aux ordres raisonnables. (Voir *Pepper v. Webb*.) Cette règle subsiste dans le contexte de la négociation collective, où l'employé doit «obéir d'abord et déposer son grief ensuite», sauf si l'ordre implique l'exécution d'un acte illégal ou met en danger la sécurité du travailleur. (Voir Brown and Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (1977) à la p. 343 et les décisions y citées.) M. Kelso avait donc l'obligation d'obéir à l'ordre de son employeur d'accepter la mutation à Cornwall. Si M. Kelso avait refusé d'accepter la mutation, cela aurait pu du même coup l'exposer à une sanction disciplinaire. Je ne peux accepter l'allégation que l'acceptation «sous réserve» de la mutation à Cornwall aurait «éteint» les droits de M. Kelso. Il serait inique que des employés soient obligés de prendre le risque d'une sanction disciplinaire pour préserver leurs droits. L'obéissance aux instructions de l'employeur, accompagnée d'une contestation de sa décision, n'éteint pas les droits. En agissant ainsi l'employé conserve son emploi, ce qui atténue les pertes potentielles si la décision se révèle mauvaise. Ses droits ne sont pas éteints parce qu'il décide de ne pas prendre le risque d'être renvoyé.

En Cour d'appel, on a soulevé la question de la bonne foi des fonctionnaires et des pressions illicites exercées sur l'appelant. Avec égards, ces considérations ne sont pas pertinentes. Dans le cas où un fonctionnaire n'a pas légalement le pouvoir de faire quelque chose, sa conviction honnête qu'il a le pouvoir requis ne constitue pas un moyen de défense à une action intentée contre lui. Les pressions exercées sur M. Kelso étaient «illicites», parce que les fonctionnaires n'avaient pas légalement le pouvoir de le renvoyer pour n'avoir pas appris le français puisque ses droits étaient protégés par le règlement.

<sup>2</sup> [1969] 1 W.L.R. 514.

<sup>2</sup> [1969] 1 W.L.R. 514.

V

The final submission of the Crown is that a declaration should not be issued because it cannot have any practical effect. It is argued that the Public Service Commission has the exclusive right and authority to make appointments to the Public Service. Any declaration by the Court could not have the effect of precluding the exercise of such authority by the Commission, thereby depriving the declaration of any possible practical result.

It is quite correct to state that the Court cannot actually appoint Mr. Kelso to the Public Service. The administrative act of appointment must be performed by the Commission. But the Court is entitled to 'declare' the respective legal rights of the appellant and the respondent.

The Public Service Commission is not above the law of the land. If it breaches a contract, or acts contrary to statute, the courts are entitled to so declare.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and declare that the appellant is entitled to remain in, or be reinstated to, position TACQ-0274 in the Public Service of Canada. I would deny the appellant the further relief sought, namely, a declaration that he is entitled to be reimbursed for all extra costs incurred by him as a result of commuting to Cornwall, Ontario, from his home in Hudson Heights, Quebec. The appellant is entitled to costs in all courts.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the plaintiff appellant: Nelligan/Power, Ottawa.*

*Solicitor for the defendant respondent: Roger Tassé, Ottawa.*

V

Enfin, l'intimée allègue qu'il n'y a pas lieu de rendre un jugement déclaratoire puisqu'il ne peut avoir aucun effet pratique. On fait valoir que la Commission de la Fonction publique possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique. Un jugement déclaratoire de la Cour ne peut pas avoir pour effet d'empêcher la Commission d'exercer cette autorité, ce qui priverait le jugement de tout effet pratique.

Certes, il est tout à fait juste de dire que la Cour ne peut pas nommer M. Kelso à un poste de la Fonction publique. L'acte administratif de nomination est du ressort de la Commission. Mais la Cour a le droit de «déclarer» quels sont juridiquement les droits respectifs de l'appellant et de l'intimée.

La Commission de la Fonction publique n'est pas au-dessus des lois du pays. Si elle rompt un contrat ou contrevient à la loi, les tribunaux ont le droit de le déclarer.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de déclarer que l'appellant a le droit de demeurer ou d'être rétabli dans le poste TACQ-0274 de la Fonction publique du Canada. Je suis d'avis de refuser à l'appellant l'autre redressement demandé, savoir qu'il aurait droit au remboursement de tous les frais supplémentaires tenant à ses déplacements quotidiens entre Cornwall (Ontario) et son domicile à Hudson Heights (Québec). L'appellant a droit aux dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs pour le demandeur appellant: Nelligan/Power, Ottawa.*

*Procureur pour la défenderesse intimée: Roger Tassé, Ottawa.*