

A-232-79

A-232-79

**Donald C. Kelso (Appellant)**

v.

**The Queen (Respondent)**

Court of Appeal, Jackett C.J., Le Dain J. and Kerr D.J.—Ottawa, September 12 and 28, 1979.

*Public Service — Position occupied by appellant declared bilingual — Appellant, a unilingual air traffic controller, accepted transfer to Cornwall and commuted there from his home near Montreal — Trial Division refused to issue judgment declaring appellant's entitlement to remain in or to be reinstated in his original position with full salary and benefits, and declaring his right to be reimbursed for his commuting costs — Appeal from Trial Division's decision — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 20, 31, 39.*

This is an appeal from the Trial Division's dismissal of an action for a declaration in respect of appellant's status in the Public Service. Appellant, a unilingual, anglophone air traffic controller, occupied a position declared to be bilingual. He was transferred from Montreal to Cornwall, but continued to live on a farm outside Hudson Heights, Quebec, and commuted to Cornwall. The declarations sought, and refused by the Trial Division, were that appellant was entitled (a) to remain in or to be reinstated in his original position with full salary and benefits and (b) to be reimbursed for all extra costs incurred by him as a result of his commuting to Cornwall from Hudson Heights.

*Held*, the appeal is dismissed. Neither the facts alleged by the statement of claim nor the facts as they appear from the record support the granting of a declaration that the appellant is entitled to remain in or be reinstated to position TACQ-0274. The case proceeded on the basis that appellant accepted a "transfer" from that position to one in Cornwall. "Accepting" a "transfer" means that he accepted an appointment to the Cornwall position, which would automatically remove him from position TACQ-0274 as the two positions could not be held by the same person at the same time. The case also proceeded on the view that appellant was duly appointed to the Cornwall position. Assuming such a "transfer" by consent, there cannot be a declaration that appellant is entitled to be "reinstated" in that position. Although the appellant accepted the Cornwall position under protest and under pressure, there is nothing to indicate that the officers concerned did not act under a *bona fide* belief that the appellant had become a unilingual incumbent in a bilingual position. Even had there been a lack of *bona fides*, the result would not necessarily have been that his consent to the transfer was a nullity. If it was not a nullity, appellant is not entitled to the first declaration sought. The second declaration sought is dependent upon the success of the first.

APPEAL.

**Donald C. Kelso (Appellant)**

c.

**a La Reine (Intimée)**

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, le juge Le Dain et le juge suppléant Kerr—Ottawa, les 12 et 28 septembre 1979.

*b Fonction publique — Le poste occupé par l'appellant a été déclaré bilingue — L'appellant, un contrôleur aérien unilingue, a accepté la mutation à Cornwall et faisait la navette quotidiennement entre le lieu de son travail et sa maison près de Montréal — La Division de première instance a refusé de rendre un jugement déclarant que l'appellant avait le droit de demeurer ou d'être rétabli dans son poste avec pleins salaire et avantages, et déclarant qu'il avait droit au remboursement de ses frais de déplacement quotidien — Appel formé contre la décision de la Division de première instance — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 20, 31, 39.*

*d Appel formé contre le rejet par la Division de première instance d'une action en détermination de la situation juridique de l'appellant dans la Fonction publique. L'appellant, un contrôleur aérien unilingue anglophone, occupait un poste déclaré bilingue. Il fut muté de Montréal à Cornwall mais continuait d'habiter une ferme près de Hudson Heights (Québec) et faisait la navette quotidiennement entre cette localité et Cornwall. L'appellant s'est vu refuser par la Division de première instance des jugements déclarant a) que l'appellant avait le droit de demeurer ou d'être rétabli dans son poste initial avec pleins salaire et avantages, et b) qu'il avait droit au remboursement de tous les frais supplémentaires tenant aux déplacements quotidiens entre Cornwall et Hudson Heights.*

*Arrêt*: l'appel est rejeté. Ni les faits allégués dans la déclaration ni ceux mentionnés au dossier ne permettent de prononcer un jugement déclarant que l'appellant a le droit de demeurer ou d'être rétabli dans le poste TACQ-0274. Il est constant que l'appellant a accepté une «mutation» de ce poste à un autre poste à Cornwall. En «acceptant» une «mutation», il a accepté d'être affecté au poste de Cornwall, ce qui annulait nécessairement son affectation au poste TACQ-0274, ces deux postes ne pouvant être occupés par une seule personne à la fois. Il est également constant que l'appellant a été dûment affecté au poste de Cornwall. S'il y a eu consentement à cette «mutation», la Cour ne saurait juger que l'appellant a le droit d'être «rétabli» dans son ancien poste. Bien que l'appellant ait accepté le poste de Cornwall à son corps défendant, rien ne permet de croire que les fonctionnaires concernés n'ont pas agi en toute bonne foi en croyant que l'appellant était devenu le titulaire unilingue d'un poste bilingue. Quand bien même ils n'auraient pas agi de bonne foi, il ne s'ensuivrait pas que le consentement de l'appellant à la mutation était nul. En conséquence, l'appellant n'a pas droit à la première déclaration sollicitée. La seconde déclaration dépend de l'issue du premier chef de demande.

APPEL.

## COUNSEL:

*J. P. Nelligan, Q.C.* for appellant.  
*W. L. Nisbet, Q.C.* for respondent.

## SOLICITORS:

*Nelligan/Power, Ottawa, for appellant.*  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

JACKETT C.J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division [[1979] 2 F.C. 726] dismissing an action for a declaration in respect of the appellant's status in the Public Service.

While it appears from the Trial Division file that the action was set down for trial in the ordinary way, there is nothing in the Appeal Book to indicate how the record in the Trial Division was constituted. The Court, therefore, requested counsel to file a document to clarify that question and they have filed a document reading as follows:

For the purposes of this appeal, the parties hereby acknowledge that the trial record, by agreement of the parties, was to contain Exhibits 1, 2 and 3 as set out in the Appeal Books herein and that the case at trial was determined on the basis of those Exhibits and no others.

The learned Trial Judge summarized the facts and proceedings [at pages 727, 728 and 732], in a manner which I adopt, as follows:

The plaintiff is a unilingual, anglophone, air traffic controller who, in August 1978, was transferred from Montreal, Quebec, to Cornwall, Ontario. Prior to the transfer, he occupied a position in the Ministry of Transport, designated TACQ-0274, to which he had been appointed by competition from within the Public Service on June 3, 1969. He has continued to live on a farm near Hudson Heights, Quebec, and commutes to Cornwall. He seeks, in addition to costs, a declaratory judgment that he is entitled (a) to remain in or be reinstated to position TACQ-0274 with full salary and benefits of that position and (b) to be reimbursed for all extra costs incurred by him as a result of commuting to Cornwall from Hudson Heights.

In December 1975, controllers at the Montreal Area Control Centre, where the plaintiff was employed, were notified that air traffic control services in the Quebec Region would, in the future, be provided in French and English. They were offered the opportunity to apply for transfers out of the Quebec Region with special benefits, such as housing cost differential payments

## AVOCATS:

*J. P. Nelligan, c.r.* pour l'appellant.  
*W. L. Nisbet, c.r.* pour l'intimée.

<sup>a</sup> PROCUREURS:

*Nelligan/Power, Ottawa, pour l'appellant.*  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

<sup>b</sup>

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par*

<sup>c</sup> LE JUGE EN CHEF JACKETT: Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Division de première instance [[1979] 2 C.F. 726] rejetant une action en détermination de la situation juridique de l'appelant dans la Fonction publique.

<sup>d</sup> Bien qu'il ressorte du dossier de la Division de première instance que l'action a été engagée suivant la procédure habituelle, rien dans le dossier d'appel n'indique comment le dossier de cette Division a été constitué. En conséquence, la Cour a requis l'avocat de déposer un document pour élucider cette question. Voici le texte du document déposé:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Aux fins du présent appel, les parties reconnaissent, par les présentes, que, par suite d'un accord entre elles, le dossier de première instance se composait des pièces 1, 2 et 3 ainsi qu'elles figuraient dans le dossier d'appel, et que le litige a été déterminé exclusivement sur le fondement de ces pièces.

<sup>f</sup> J'adopte le résumé suivant des faits et de la procédure [aux pages 727, 728 et 732], fait par le juge de première instance:

<sup>g</sup> Le demandeur est un contrôleur aérien, unilingue anglophone, qui, en août 1978, a été muté de Montréal (Québec) à Cornwall (Ontario). Avant d'être muté, il occupait, au ministère des Transports, le poste n° TACQ-0274; il y avait été nommé le 3 juin 1969 à la suite d'un concours restreint. Il vit toujours sur une ferme près d'Hudson Heights (Québec) et fait la navette quotidiennement entre cette localité et Cornwall. Il demande, en plus des dépens, un jugement qui déclarerait qu'il a le droit a) de demeurer ou d'être rétabli dans le poste TACQ-0274 avec le plein salaire et tous les avantages de ce poste et b) d'être remboursé de tous les frais supplémentaires qu'il a supportés par suite de ses trajets journaliers entre Hudson Heights et Cornwall.

<sup>h</sup> En décembre 1975, les contrôleurs du Centre de contrôle de la région de Montréal, où travaillait le demandeur, ont été avisés que le service de contrôle du trafic aérien, dans la région du Québec, serait, à l'avenir, assuré dans les deux langues officielles. On a alors donné aux contrôleurs l'occasion de demander leur mutation à l'extérieur du Québec, mutation

and relocation expense allowances, over and above those generally available in the Public Service. In February 1976, the plaintiff applied for a transfer to Halifax. In July, he changed his requested destination to Cornwall, to be effective with the removal there of the Transport Canada Training Institute.

On or about March 31, 1976, position TACQ-0274 was designated bilingual and the plaintiff was, thereafter, a unilingual incumbent of a bilingual position. The plaintiff had grown up in Quebec. His experience taught him, and a month of language training confirmed his opinion, that he could not attain the necessary proficiency in French to function, as a bilingual, in his position. He thereafter refused the opportunity of language training.

In July 1976, the plaintiff, while continuing to occupy position TACQ-0274, was assigned to duties that no longer required him to communicate with aircraft. It is not necessary to list the series of assignments given him. In February 1978, he was advised that his employer wished him to join the Training Institute in Ottawa on May 1 and that, with its removal to Cornwall, scheduled in August, his requested transfer would be effected.

In April, the plaintiff withdrew his request for a transfer to Cornwall and asserted his right to remain in position TACQ-0274 at the Montreal Centre. He was told that he was no longer capable of performing the duties of the position and that, having refused language training, the two options remaining were (a) a transfer to another position or (b) release for incapacity under section 31 of the *Public Service Employment Act*. [R.S.C. 1970, c. P-32.] The plaintiff accepted the transfer to Cornwall under protest and commenced this action before it was effective. His new position does not carry a lower maximum rate of pay than that attached to position TACQ-0274.

There is no doubt that the plaintiff did not freely and willingly accept the transfer to Cornwall. While the pressure on him cannot, in my view, fairly be described in the language of the statement of claim, the pressure was real.

After considering the various arguments that had been made before him, the learned Trial Judge disposed of the matter, in so far as the first declaration sought was concerned, as follows [at page 734]:

... the determination that the plaintiff was no longer capable of performing the duties of position TACQ-0274 because he was unilingual was not a determination that could legally be made. His release for incapacity under section 31 of the *Public Service Employment Act*, based on such a determination, would, it follows, also have been illegal. The plaintiff would, in my view, prior to accepting the transfer from position TACQ-0274, have been entitled to a declaration to that effect. That, however, is all in the past and a judgment will not issue declaring a past right that has been utterly extinguished.

assortie d'avantages spéciaux, tels des versements d'appoint pour le logement et des indemnités de réinstallation, en plus de ceux généralement offerts par la Fonction publique. En février 1976, M. Kelso a demandé sa mutation à Halifax. En juillet, il a changé d'avis et a demandé à être muté à Cornwall, cette mutation devant prendre effet à compter du transfert, à cet endroit, de l'Institut de formation de Transports Canada.

Le 31 mars 1976, ou vers cette date, le poste TACQ-0274 a été désigné bilingue; le demandeur est donc devenu le titulaire unilingue d'un poste bilingue. Le demandeur a grandi au Québec. Son expérience lui a enseigné, et un mois de formation linguistique a confirmé son opinion, qu'il ne pouvait atteindre le niveau de compétence linguistique en français requis pour ce poste. Il a, par la suite, refusé d'entreprendre la formation linguistique.

En juillet 1976, le demandeur, qui occupait toujours le poste TACQ-0274, se vit attribuer des fonctions parmi lesquelles, toutefois, ne figuraient plus les communications aéronautiques. Il n'est pas nécessaire d'énumérer ces fonctions. En février 1978, il a été informé, d'une part, que son employeur désirait le voir entrer, le 1<sup>er</sup> mai, à l'Institut de formation à Ottawa et, d'autre part, qu'il serait fait droit à sa demande de mutation au moment du transfert de l'Institut à Cornwall au mois d'août.

En avril, le demandeur a retiré sa demande de mutation à Cornwall et a fait valoir son droit de conserver le poste TACQ-0274 au Centre de Montréal. On lui a dit qu'il n'était plus qualifié pour ce poste et que, puisqu'il avait refusé d'entreprendre la formation linguistique, la seule alternative était a) la mutation à un autre poste ou b) le renvoi pour incapacité en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. [S.R.C. 1970, c. P-32.] Le demandeur a accepté sa mutation à Cornwall sous réserve et a intenté la présente action avant que sa mutation ne prenne effet. Son nouveau poste ne comporte pas un traitement maximum inférieur au traitement prévu pour le poste TACQ-0274.

Il n'y a aucun doute que le demandeur n'a pas librement et volontairement accepté d'être muté à Cornwall. Quoique le langage de la déclaration ne décrive pas, de façon juste, à mon avis, les circonstances pressantes dans lesquelles il se trouvait, il reste que ces dernières étaient réelles.

Après examen des différentes opinions exprimées à l'audience, le juge de première instance a rendu la décision relativement au premier point soulevé [à la page 734]:

... la décision selon laquelle le demandeur était incapable de remplir les fonctions du poste TACQ-0274 pour le motif qu'il était unilingue n'était pas juridiquement fondée. Il s'ensuit que son renvoi pour incapacité en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, aurait également été illégal. Le demandeur aurait eu droit, à mon avis, avant d'accepter sa mutation à un jugement déclaratoire en ce sens. Cela, cependant, est du passé, et la Cour ne rendra pas de jugement déclarant un droit passé, totalement éteint.

I agree with the learned Trial Judge's disposition of the claim for the first declaration but I reach his conclusion subject to the following comments:

1. while I agree that the "determination" that the appellant was no longer capable of performing the duties of position TACQ-0274 because he was unilingual was not a determination that could be legally made, my reasoning in that connection is somewhat different from that of the learned Trial Judge;

2. I have some reservation as to whether the appellant would have been entitled to a judicial declaration, prior to accepting the transfer in question, that his release for incapacity under section 31 of the *Public Service Employment Act* would have been illegal; and

3. I doubt whether it is a principle of general application to which there is no exception that a judgment "will not issue declaring a past right that has been utterly extinguished" and, in any event, I do not think it is the reason for not granting the first declaration sought in this case.

I should explain my view on each of these points in a little more detail.

As I understand it, the learned Trial Judge's conclusion that it did not follow from the fact that he was unilingual that the appellant was no longer capable of performing the duties of the position was based on his unstated view that the designation of position TACQ-0274 as bilingual could not apply to the appellant by virtue of his having been excluded, under section 39 of the *Public Service Employment Act*,<sup>1</sup> from the operation of section 20 of that Act, which reads:

20. Employees appointed to serve in any department or other portion of the Public Service, or part thereof, shall be qualified in the knowledge and use of the English or French language or both, to the extent that the Commission deems necessary in

<sup>1</sup> Section 39 reads as follows:

39. In any case where the Commission decides that it is not practicable nor in the best interests of the Public Service to apply this Act or any provision thereof to any position or person or class of positions or persons, the Commission may, with the approval of the Governor in Council, exclude such position or person or class of positions or persons in whole or in part from the operation of this Act; and the Commission may, with the approval of the Governor in Council, re-apply any of the provisions of this Act to any position or person so excluded.

Je souscris à la décision du juge de première instance sur ce point, mais je me permettrai de faire les observations suivantes:

1. tout en admettant que la «décision» selon laquelle l'appelant était incapable de remplir les fonctions du poste TACQ-0274 pour le motif qu'il était unilingue n'était pas juridiquement fondée, je vois les choses d'une manière quelque peu différente de celle du juge de première instance;

2. je ne suis pas absolument certain que l'appelant aurait eu droit, avant d'accepter la mutation en question, à un jugement déclaratoire énonçant que son renvoi pour incapacité en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* était illégal; et

3. je doute fort qu'on puisse ériger en principe absolu que «la Cour ne rendra pas de jugement déclarant un droit passé, totalement éteint»; en tout cas je n'y vois pas le motif du rejet de la première déclaration requise en l'espèce.

Je développerai chacun de ces points.

Selon moi, le juge de première instance a conclu que le fait pour l'appelant d'être unilingue ne le rendait pas nécessairement incapable de remplir les fonctions du poste, en se fondant sans le dire sur l'avis que la décision de désigner bilingue le poste TACQ-0274 ne s'appliquait pas à l'appelant, du fait que ce dernier, en application de l'article 39 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*<sup>1</sup>, était excepté des dispositions de l'article 20 de cette Loi, lequel est ainsi conçu:

20. Les employés nommés et affectés à un ministère, département ou autre élément de la Fonction publique, ou à une partie de l'un de ceux-ci, doivent posséder les qualités requises, en ce qui concerne la connaissance et l'usage de l'anglais ou du

<sup>1</sup> Cet article est ainsi rédigé:

39. Si la Commission décide qu'il n'est ni praticable ni dans les meilleurs intérêts de la Fonction publique d'appliquer la présente loi ou une de ses dispositions à un poste, à une personne ou à une classe de postes ou de personnes, elle peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, soustraire ce poste, cette personne ou cette classe de postes ou de personnes, en totalité ou en partie, à l'application de la présente loi. La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, appliquer de nouveau une disposition quelconque de la présente loi à tout poste ou toute personne ainsi soustraite.

order that the functions of such department, portion or part can be performed adequately and effective service can be provided to the public.

In my view section 20 relates to the language qualifications that employees must have to be "appointed to serve in . . . the Public Service". It does not operate to authorize the imposition of language requirements in respect of an employee after he has been appointed to a position that did not involve such requirements.<sup>2</sup> As I understand the procedure for employment of a person for service in the Public Service, the deputy head of the department concerned determines the qualifications required and the Public Service Commission has the legal authority to make the appointment.<sup>3</sup> Once a person has been appointed to a position with the qualifications so determined, I know of no authority for separating him from that position except those expressly provided for by statute.<sup>4</sup> Neither do I know of any authority for changing the qualifications that must be satisfied by a person so appointed to a position during the period that he continues to occupy that position. Any such change in qualifications would, in effect, make the position something other than that to which he was appointed. In particular, I do not read sections 6 and 7 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, as conferring a power so to affect the requirements for a person who holds a Public Service position. In my view, those provisions authorize the overall control and co-ordination of the Public Service and do not authorize action affecting the status of a particular person already in the Public Service.<sup>5</sup> I do not accept the submission of counsel for the respondent that they authorize an amendment to a posi-

<sup>2</sup> Cf. *Bauer v. Public Service Appeal Board* [1973] F.C. 626.

<sup>3</sup> See *Brown v. Public Service Commission* [1975] F.C. 345 at pp. 350-357.

<sup>4</sup> Cf. *Wright v. Public Service Staff Relations Board* [1973] F.C. 765 at pp. 775-778.

<sup>5</sup> For example, as I read section 7(1)(c), it authorizes Treasury Board to "provide for" (i.e., give general directions concerning) the classification (i.e., evaluation) of "positions" created by the departments and other agencies (and, incidentally, the employees in those positions) for such purposes as the exercise of the powers conferred by section 7(1)(d) "to determine and regulate . . . pay".

français ou des deux langues, dans la mesure que la Commission estime nécessaire pour que ce ministère, département ou élément, ou cette partie de l'un de ceux-ci, puisse exercer convenablement ses fonctions et fournir au public un service efficace.

a

A mon avis, l'article 20 est relatif aux connaissances linguistiques requises des employés pour qu'ils soient «nommés et affectés à . . . la Fonction publique». Cet article ne permet pas l'application d'exigences linguistiques à l'employé déjà nommé à un poste qui ne comportait pas de telles exigences.<sup>2</sup> Si j'ai bien compris la procédure de recrutement dans la Fonction publique, le sous-chef du ministère concerné détermine les qualifications requises et la Commission de la Fonction publique exerce le pouvoir de faire la nomination.<sup>3</sup> Après qu'une personne possédant les qualifications requises a été nommée à un poste, je ne vois rien qui permette de lui enlever ce poste, sauf les dispositions expresses d'une loi.<sup>4</sup> Je ne vois pas non plus en vertu de quoi on pourrait modifier les qualifications requises d'une personne nommée à un poste tant qu'elle conserve celui-ci. En réalité, toute modification semblable rendrait ce poste autre que celui auquel elle a été nommée. Plus spécialement, je n'interprète pas les articles 6 et 7 de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, c. F-10, comme conférant le pouvoir de modifier les exigences relatives au titulaire d'un poste dans la Fonction publique. A mon avis, ces dispositions autorisent la surveillance et la coordination générales de la Fonction publique, et non des actions susceptibles de changer la situation d'une personne déjà membre de la Fonction publique.<sup>5</sup> Je n'admets pas la thèse de l'avocat de l'intimée, selon laquelle ces dispositions autoriseraient des modifications à un poste pouvant affecter son titulaire, ou le transfert d'une personne d'un poste à un autre par décision

<sup>2</sup> Voir *Bauer c. Le comité d'appel de la Commission de la Fonction publique* [1973] C.F. 626.

<sup>3</sup> Voir *Brown c. La Commission de la Fonction publique* [1975] C.F. 345, aux pages 350 à 357.

<sup>4</sup> Voir *Wright c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique* [1973] C.F. 765, aux pages 775 à 778.

<sup>5</sup> Ainsi, suivant mon interprétation de l'article 7(1)c), celui-ci autorise le Conseil du Trésor à «prévoir» (i.e. à établir des lignes directrices concernant) la classification (i.e. l'évaluation) des «postes» créés par les ministères et organismes (et, par voie de conséquence, des titulaires de ces postes), à des fins telles que l'exercice du pouvoir que lui confère l'article 7(1)d) de «déterminer et réglementer les traitements».

tion so as to affect the incumbent or the submission that they authorize a unilateral transfer of a person from one position to another.

It might be well to elaborate on this latter point. As has been indicated in previous decisions, since the 1966-67 legislation, the power to decide what persons are necessary for a particular department (i.e., the power to set up positions with defined qualifications or requirements) has no longer been carved out (by statute) from the general powers of management conferred on the Minister by the Departmental Act. The creation of a position is therefore something done by the Department (exercising the Minister's powers) before the deputy head requisitions an appointment thereto (section 10 of the *Public Service Employment Act*). Having regard to the fact that, by statute, the power to determine the qualifications for a position is separate from the power to appoint the incumbent thereof, it seems clear to me that, in the absence of special statutory authority, once an appointment has been made, the nature of the position cannot be changed in so far as a person already appointed thereto is concerned. It does not of course follow that an appointee has permanent tenure in the Public Service or that the Public Service establishment becomes "frozen". The general power of management must not only include the power to decide how many persons of what qualifications are required to enable the Department to perform its statutory obligations to serve the public but, in the event of changing circumstances or policies, must include the power to decide that classes of employees with certain qualifications who are on staff are no longer required and that employees with other qualifications are required to provide the service to the public that it is the Department's duty to provide. Put another way, the general power of management not only includes the power to create positions (including the definition of what is required therefor) but the power to abolish certain positions and create other positions requiring different qualifications.<sup>6</sup> Furthermore, if a position is abol-

<sup>6</sup> I express no opinion as to whether the express power to "lay off" an employee "because of the discontinuance of a function" has the effect of limiting the power to abolish positions. I will say however that I find it improbable that, once created, a position continues to exist forever. (Cf. section 29 of the *Public Service Employment Act*.)

unilatérale.

a Je pense devoir m'expliquer sur cette dernière question. Ainsi que l'ont fait ressortir des décisions antérieures, depuis la législation de 1966-1967, le pouvoir de déterminer les personnes nécessaires à un ministère donné (i.e. le pouvoir d'établir des postes ayant des exigences précises) ne provient plus (par le biais d'une loi) des pouvoirs généraux de gestion conférés à un ministre par la loi organisant son ministère. En conséquence, le ministère (exerçant les pouvoirs du ministre) crée d'abord un poste, puis le sous-chef requiert une nomination à ce poste (voir l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*). Compte tenu du fait que, aux termes de la loi, le pouvoir de déterminer les qualifications requises pour un poste est distinct de celui d'y affecter quelqu'un, il me semble clair qu'à moins que la loi ne l'autorise expressément, d l'on ne peut, ultérieurement à cette affectation, modifier la nature de ce poste en ce qui concerne la personne qui l'occupe déjà. Bien entendu, il ne s'ensuit pas que cette personne ait un emploi permanent dans la Fonction publique ou que l'effectif de celle-ci soit «bloqué». Le pouvoir fédéral de gestion ne comporte pas seulement celui de déterminer combien de personnes sont nécessaires au ministère pour remplir la mission qui lui est attribuée par la loi ainsi que les qualifications requises de ces personnes. Il emporte également, en cas de changement dans la situation ou dans la politique, celui de décider qu'une catégorie d'employés ayant des qualifications données est devenue inutile, et qu'il faut la remplacer par des employés ayant telles autres qualifications si l'on veut que le ministère puisse accomplir sa mission. En d'autres termes, le pouvoir général de gestion ne comprend pas seulement celui de créer des postes (et de définir les qualifications requises pour les occuper), mais aussi celui d'abolir certains postes et d'en créer d'autres exigeant des qualifications différentes.<sup>6</sup> En outre, en cas d'abolition d'un poste existant et de création d'un nouveau poste, le

<sup>6</sup> Je n'exprime aucun avis sur la question de savoir si le pouvoir exprès de «mettre en disponibilité» un employé «par suite de la suppression d'une fonction» constitue une restriction du pouvoir d'abolir des postes. Je dirais cependant qu'il est peu probable qu'un poste soit éternel (voir article 29, *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*).

ished and a new position created the incumbent of the position abolished ceases to be employed<sup>7</sup> and the new position created must be filled by the Public Service Commission.<sup>8</sup> (Prior to the 1966-67 legislation, there was provision in the superannuation legislation for public servants whose positions were so abolished.<sup>9</sup> Presumably, I do not pretend to know, the current legislation does not deprive them of some equivalent protection.)

With reference to the opinion expressed by the learned Trial Judge that, before accepting the transfer, the appellant would have been entitled to a judicial declaration that he could not be released for incapacity under section 31 of the *Public Service Employment Act*,<sup>10</sup> I do not think it is necessary to express such opinion for the purpose of this appeal and I have some doubt as to the accuracy thereof because I doubt

<sup>7</sup> Cf. *Reilly v. The King* [1934] A.C. 176. I realize that in the *Reilly* case the position was abolished by statute but I see no difference in principle between abolition by statute and abolition in the exercise of a statutory power of management.

<sup>8</sup> Generally, small changes in qualifications will result in voluntary acceptance by the incumbent of appointment to the new position and will be regarded as (and called) an amendment to the original position or a transfer.

<sup>9</sup> Cf. section 7(1)(a)(iii) and (iv) of the *Civil Service Superannuation Act*, R.S.C. 1952, c. 50, and section 11(1)(e) of the *Public Service Superannuation Act*, S.C. 1952-53, c. 47.

<sup>10</sup> Section 31 reads as follows:

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position he occupies or is incapable of performing those duties and should

- (a) be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or
- (b) be released,

the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, as the case may be.

(2) The deputy head shall give notice in writing to an employee of a recommendation that the employee be appointed to a position at a lower maximum rate of pay or be released.

(3) Within such period after receiving the notice in writing mentioned in subsection (2) as the Commission prescribes, the employee may appeal against the recommendation of the deputy head to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head concerned, or their representatives, are

(Continued on next page)

titulaire du poste aboli cesse d'être un employé,<sup>7</sup> et il incombe à la Commission de la Fonction publique de pourvoir au nouveau poste.<sup>8</sup> (Antérieurement à la loi de 1966-1967, il y avait dans la législation des pensions des dispositions relatives aux employés dont les postes avaient été abolis.<sup>9</sup> Je suppose que la législation actuelle leur accorde une protection équivalente.)

En ce qui concerne l'opinion exprimée par le juge de première instance, à savoir qu'avant d'accepter la mutation, l'appelant aurait eu droit à une déclaration judiciaire qu'il ne pouvait être renvoyé pour incapacité en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*<sup>10</sup>, je ne crois pas nécessaire d'en tenir compte aux fins du présent appel. J'ai d'ailleurs des doutes sur son bien-fondé, car je me demande:

<sup>7</sup> Voir *Reilly c. Le Roi* [1934] A.C. 176. Je comprends qu'en ce cas le poste avait été aboli par la loi, mais je ne vois aucune différence fondamentale entre l'abolition d'un poste par une loi et l'abolition en vertu d'un pouvoir de gestion accordé par une loi.

<sup>8</sup> En général, lorsque les changements apportés aux qualifications d'un poste sont mineurs, celui qui occupe ce poste consent à être nommé au nouveau poste. Cela est considéré comme (et appelé) une modification du poste initial ou une mutation.

<sup>9</sup> Voir l'article 7(1)(a)(iii) et (iv) de la *Loi sur la pension du service civil*, S.R.C. 1952, c. 50, et l'alinéa 11(1)(e) de la *Loi sur la pension du service public*, S.C. 1952-53, c. 47.

<sup>10</sup> Cet article est ainsi rédigé:

31. (1) Lorsque, de l'avis du sous-chef, un employé est incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste, ou qu'il est incapable de remplir ces fonctions, et qu'il devrait

- a) être nommé à un poste avec un traitement maximum inférieur, ou
- b) être renvoyé,

le sous-chef peut recommander à la Commission que l'employé soit ainsi nommé ou renvoyé, selon le cas.

(2) Le sous-chef doit donner à un employé un avis écrit de toute recommandation visant la nomination de l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou son renvoi.

(3) Dans tel délai subséquent à la réception de l'avis mentionné au paragraphe (2) que prescrit la Commission, l'employé peut en appeler de la recommandation du sous-chef à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'employé et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l'occasion de se

(Suite à la page suivante)

(a) whether such discretionary relief should be granted when Parliament has expressly provided other relief for the particular case,<sup>11</sup> and

(b) whether such a declaratory action would not be such an interference with the conduct of government business in the manner provided for by statute as to make it inexpedient for the courts to interfere before section 31 action is taken rather than by judicial review of the decision on the appeal provided for by section 31.

I turn now to the learned Trial Judge's reason for not granting the first declaration sought, viz.: "a judgment will not issue declaring a past right that has been utterly extinguished."

My first comment on this is that, in the present state of the developing law concerning actions for "declarations", I do not think that it can be said that circumstances could not arise in which it might not be proper to give a judgment "declaring a past right that has been utterly extinguished."<sup>12</sup>

The real substantive difficulty that the appellant has not, in my view, overcome before the first declaration sought can be granted is that neither the facts alleged by the statement of claim nor the facts as they appear from the record support the granting of such declaration, which is

(Continued from previous page)

given an opportunity of being heard, and upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(a) notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon, or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee, accordingly as the decision of the board requires.

(4) If no appeal is made against a recommendation of the deputy head, the Commission may take such action with regard to the recommendation as the Commission sees fit.

(5) The Commission may release an employee pursuant to a recommendation under this section and the employee thereupon ceases to be an employee.

<sup>11</sup> Cf. *Thorson v. Attorney General of Canada* [1975] 1 S.C.R. 138, which would not, on a superficial consideration, appear to be applicable.

<sup>12</sup> I refer to the *Dyson* type of declaratory judgment and not the declaratory judgment that the Court gives in an action against the Crown for substantive relief. (Rule 605.) Cf. *The King v. Bradley* [1941] S.C.R. 270 at pp. 274 et seq.

a) s'il convient d'accorder ce redressement discrétionnaire dans un cas où le Parlement a déjà expressément prévu d'autres redressements;<sup>11</sup> et

b) si ce jugement déclaratoire ne constituerait pas une intervention dans la gestion des affaires gouvernementales prescrite par la loi, qui rendrait inopportune l'intervention des tribunaux antérieurement à toute mesure prise en vertu de l'article 31 plutôt que par un contrôle de la décision rendue sur l'appel prévu par l'article 31.

J'en arrive maintenant au motif par lequel le premier juge a rejeté la première demande de déclaration, à savoir que «la Cour ne rendra pas de jugement déclarant un droit passé, totalement éteint.»

Dans l'état actuel du droit relatif aux actions en «déclaration», j'estime qu'il est inexact de dire qu'il ne peut y avoir de circonstances où il convient de rendre un jugement «déclarant un droit passé, totalement éteint.»<sup>12</sup>

A mon avis, l'appellant n'a pas réussi à établir qu'il avait droit à un jugement déclaratoire. Ni les faits allégués dans la déclaration ni ceux mentionnés au dossier ne permettraient de prononcer un jugement déclarant que le demandeur (appellant) avait:

(Suite de la page précédente)

faire entendre. La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

a) avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation, ou

b) nommer l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou le renvoyer,

selon ce qu'a décidé le comité.

(4) S'il n'est interjeté aucun appel d'une recommandation du sous-chef, la Commission peut prendre, relativement à cette recommandation, la mesure qu'elle estime opportune.

(5) La Commission peut renvoyer un employé en conformité d'une recommandation formulée aux termes du présent article; l'employé cesse dès lors d'être un employé.

<sup>11</sup> Voir *Thorson c. Le procureur général du Canada* [1975] 1 R.C.S. 138, cette décision n'étant pas, à première vue, pertinente.

<sup>12</sup> Je pense à un jugement déclaratoire du genre *Dyson* et non au jugement déclaratoire prononcé par la Cour dans une action principale en redressement contre la Couronne. (Règle 605.) Voir *Le Roi c. Bradley* [1941] R.C.S. 270, aux pages 274 et suiv.



a Declaration that the plaintiff (Appellant) is entitled to remain in or be reinstated to position TACQ-0274 . . .<sup>13</sup>

It is clear that the case proceeded on the basis that the appellant accepted a "transfer" from that position to a position in Cornwall. In this context, in my view, "accepting" a "transfer" means that he accepted an appointment to the Cornwall position, which would automatically remove him from position TACQ-0274 inasmuch as the two positions are obviously such that they could not be held by the same person at the same time. It is clear also that the case proceeded on the view (although none of the relevant documents are in the record) that the appellant was duly appointed to the Cornwall position. Assuming such a "transfer" by consent, it would seem clear that there cannot be a declaration that the appellant is entitled to "remain" in a position that he no longer occupies. On the same assumption, it would seem clear that there cannot be a declaration that he is entitled to be "reinstated" in that position.

Before this Court, however, it was argued that the "transfer" was a nullity because the appellant was "forced" to accept it and only accepted it to protect his employment in the Public Service. It is a fact that the statement of claim (paragraph 23) alleges that the appellant was "forced" to accept the transfer but this allegation was denied by the statement of defence (paragraph 12). It is also clear, as the learned Trial Judge held, that the appellant accepted the transfer "under protest" and did not "freely and willingly accept the transfer" but accepted it under "pressure" that was "real".<sup>14</sup> 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

<sup>13</sup> It was not argued before us that a case had been made out for some other declaration under the general claim for "further and other relief".

<sup>14</sup> I have not overlooked the fact that the learned Trial Judge also refers to the transfer as "involuntary"; but I do not read this as meaning anything more than is contained in the language I have quoted above. In any event, the case was tried on the documents and, in my view, they do not support any finding except that that I have summarized above.

[TRADUCTION] le droit de demeurer ou d'être rétabli dans le poste TACQ-0274 . . .<sup>13</sup>

Il est clair que l'on a, dans cette affaire, tenu pour acquis que l'appelant avait accepté une «mutation» de ce poste à un autre poste à Cornwall. A mon avis, l'expression «avait accepté une mutation» signifie, en l'espèce, que l'appelant avait accepté d'être affecté à Cornwall, ce qui annulait nécessairement son affectation au poste TACQ-0274, dans la mesure où ces deux postes sont tels qu'ils ne peuvent manifestement pas être occupés en même temps par la même personne. Il est clair que l'on a également tenu pour acquis, même si le dossier ne contient aucun des documents pertinents, que l'appelant a été dûment affecté au poste de Cornwall. Si cette «mutation» est intervenue avec le consentement de l'intéressé, la Cour ne peut déclarer que l'appelant a le droit de «demeurer» à un poste qu'en réalité il n'occupe plus. Suivant le même raisonnement, elle ne peut déclarer qu'il a le droit d'être «rétabli» dans ce poste.

Il a cependant été allégué devant la Cour que cette «mutation» est nulle parce que l'appelant aurait été «contraint» de l'accepter et n'y aurait consenti que pour conserver son emploi dans la Fonction publique. Il a été allégué dans la déclaration, il est vrai, (paragraphe 23) que l'appelant aurait été [TRADUCTION] «contraint» d'accepter sa mutation, mais la défense (paragraphe 12) a rejeté cette allégation. Il reste toutefois, ainsi que l'a constaté le juge de première instance, que l'appelant n'a accepté sa mutation que «sous réserve», qu'il y a consenti non pas «librement et volontairement», mais dans des «circonstances pressantes» qui étaient «réelles». <sup>14</sup> 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'appelant l'a lui-même allégué dans sa déclaration, [TRADUCTION] «le poste TACQ-0274 . . . avait été désigné bilingue» et que l'appelant était devenu «le titulaire unilingue d'un poste bilingue»; si l'on accepte ceci, je ne vois pas comment

<sup>13</sup> Aucune des parties n'a soutenu devant la Cour qu'il avait été établi qu'il y avait lieu de prononcer un jugement déclaratoire en vertu de la demande générale d'octroi de «tout autre redressement».

<sup>14</sup> Je sais que le juge de première instance a aussi qualifié la mutation d'«involontaire». Je ne crois cependant pas que cela signifie autre chose que les passages que je cite. Quoi qu'il en soit, l'affaire a été jugée sur pièces, et j'estime qu'on ne peut tirer de celles-ci d'autre conclusion que celle résumée plus haut.

a 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.<sup>15</sup> If it was not a nullity, the appellant is not, in my view, entitled to the first declaration that he seeks.

b As I understood counsel for the appellant, he did not contend that the appeal could succeed with reference to the second declaration sought if it did not succeed with reference to the first.

c For the above reasons, I am of opinion that the appeal should be dismissed with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

d LE DAIN J.: I agree that the appeal should be dismissed on the ground that whatever legal right the appellant may have had to remain in the position in Montreal that right was extinguished when he accepted the position in Cornwall, and that it would not be a proper exercise of judicial discretion, on the pleadings and facts of this case, to grant a declaration that he had at one time a right to remain in the Montreal position. I agree that the record does not support a finding that appellant's consent to the transfer to Cornwall was vitiated by duress. I prefer not to express an opinion as to the employment status that is created by the provisions of the *Public Service Employment Act* and other federal legislation or regulations, in so far as the powers to change the requirements of a position, to abolish a position, or to transfer an employee from one position to another are concerned.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

e KERR D.J.: I concur with the reasons for judgment of the Chief Justice and with his conclusion that the appeal should be dismissed.

<sup>15</sup> Cf. *Stoltze v. Fuller* [1939] S.C.R. 235.

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.<sup>15</sup> En conséquence, j'estime que celui-ci n'a pas droit à la première déclaration sollicitée.

b Si j'ai bien compris, l'avocat de l'appelant n'a pas soutenu que la deuxième déclaration sollicitée pourrait être accordée même si la première était rejetée.

c Par ces motifs, je rejette l'appel avec dépens.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

d LE JUGE LE DAIN: Je conviens qu'il faut rejeter l'appel. J'estime en effet que, quel que droit que l'appelant ait pu avoir d'occuper le poste de Montréal, ce droit s'est éteint lorsqu'il a accepté le poste de Cornwall. J'estime en outre, compte tenu des plaidoiries et des circonstances de l'espèce, qu'il serait inopportun pour cette Cour de déclarer qu'à un certain moment l'appelant avait le droit d'occuper le poste de Montréal. Je conviens que le dossier ne permet pas de conclure que le consentement de l'appelant à sa mutation à Cornwall ait été vicié par la contrainte. Je préfère ne pas me prononcer sur la situation d'emploi créée par les dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et d'autres lois ou règlements fédéraux, lorsque sont exercés les pouvoirs de modifier les exigences d'un poste, d'abolir un poste ou de muter un employé.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

e LE JUGE SUPPLÉANT KERR: Je souscris aux motifs du jugement rendu par le juge en chef et à sa décision de rejeter l'appel.

<sup>15</sup> Voir *Stoltze c. Fuller* [1939] R.C.S. 235.