Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2016 Vol. 1

3e cahier, 2016 Vol. 1

Cited as [2016] 1 S.C.R. 587-850

Renvoi [2016] 1 R.C.S. 587-850

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
HARLEY D'AOÛT	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	STÉPHANIE MORIN	RENÉE THÉRIAULT
ANNE DES ORMEAUX	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
GENEVIÈVE DOMEY	IDA SMITH	ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY	JULIE BOULANGER	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	CHLOE MAGEE	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2016.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2016.

CONTENTS

British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal) *v.* Fraser Health Authority **587**

Workers' compensation — Occupational disease — Causation — Evidence — Standard of proof — Hospital laboratory technicians diagnosed with breast cancer applying for compensation on basis that their cancers are occupational diseases — Compensation payable if employment is of causative significance in development of disease — Medical experts unable to find sufficient scientific basis to establish causal link between workers' cancers and employment — Whether Tribunal erred in its approach to causation in deciding that workers' cancer was occupational disease arising due to nature of employment — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, ss. 6, 250(4).

R. *v.* Vassell **625**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of three years to trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

R. *v.* Jordan **631**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of more than four years between charges and end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for applying s. 11(b).

R. *v.* Williamson **741**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of nearly three years between charges and end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for determining s. 11(b) infringement applied.

Continued on next page

SOMMAIRE

Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) *c.* Fraser Health Authority **587**

Accidents du travail — Maladie professionnelle — Lien de causalité — Preuve — Norme de preuve — Techniciennes du laboratoire d'un hôpital atteintes d'un cancer du sein demandant une indemnisation parce que leur cancer constitue une maladie professionnelle — Indemnisation payable s'il existe un lien causal significatif entre l'emploi et l'évolution de la maladie — Experts médicaux incapables de conclure à l'existence de données scientifiques permettant d'établir un lien de causalité entre le cancer des employées et leur travail — Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son analyse du lien de causalité en décidant que le cancer dont étaient atteintes les employées était une maladie professionnelle attribuable à la nature de leur travail? — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, art. 6, 250(4).

R. *c.* Vassell **625**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de trois ans jusqu'au procès — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé, garanti à l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés, d'être jugé dans un délai raisonnable?

R. *c.* Jordan **631**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de plus de quatre ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'art. 11b).

R. *c.* Williamson **741**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de près de trois ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Application d'un nouveau cadre d'analyse pour décider s'il y a eu violation de l'art. 11b).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Wilson *v.* Atomic Energy of Canada Ltd. 770

Employment law — Unjust dismissal — Dismissal without cause — Non-unionized employees — Employer terminating non-unionized employee on a without-cause basis with severance package — Employee filing unjust dismissal complaint under Canada Labour Code — Whether non-unionized employees can be lawfully dismissed without cause under Code — Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Employer terminating non-unionized employee on a without-cause basis with severance package — Employee filing unjust dismissal complaint under Canada Labour Code — Adjudicator allowing employee's complaint — Whether decision of Adjudicator reasonable — Streamlining standard of review framework — Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.

SOMMAIRE (Fin)

Wilson *c.* Énergie Atomique du Canada Ltée 770

Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Congédiement non motivé — Employés non syndiqués — Licenciement non motivé par l'employeur d'un employé non syndiqué avec indemnité de départ — Plainte pour congédiement injuste déposée par l'employé en vertu du Code canadien du travail — Le Code permet-il le congédiement non motivé des employés non syndiqués? — Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 240.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Licenciement non motivé par l'employeur d'un employé non syndiqué avec indemnité de départ — Plainte pour congédiement injuste déposée par l'employé en vertu du Code canadien du travail — Plainte de l'employé accueillie par l'arbitre — La décision de l'arbitre était-elle raisonnable? — Simplification du cadre d'analyse de la norme de contrôle — Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 240.

Workers' Compensation Appeal Tribunal *Appellant*

v.

Fraser Health Authority, Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane *Respondents*

- and -

Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane *Appellants*

v.

Workers' Compensation Appeal Tribunal and Fraser Health Authority *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Ontario Network of Injured Workers' Groups, Industrial Accident Victims' Group of Ontario, Community Legal Assistance Society and British Columbia Federation of Labour *Interveners*

Indexed as: British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal) *v.* Fraser Health Authority

2016 SCC 25

File No.: 36300.

2016: January 14; 2016: June 24.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Workers' Compensation Appeal Tribunal *Appelant*

c.

Fraser Health Authority, Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane *Intimées*

- et -

Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane *Appelantes*

c.

Workers' Compensation Appeal Tribunal et Fraser Health Authority *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, Ontario Network of Injured Workers' Groups, Industrial Accident Victims' Group of Ontario, Community Legal Assistance Society et British Columbia Federation of Labour *Intervenants*

Répertorié : Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) *c.* Fraser Health Authority

2016 CSC 25

N° du greffe : 36300.

2016 : 14 janvier; 2016 : 24 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Workers' compensation — Occupational disease — Causation — Evidence — Standard of proof — Hospital laboratory technicians diagnosed with breast cancer applying for compensation on basis that their cancers are occupational diseases — Compensation payable if employment is of causative significance in development of disease — Medical experts unable to find sufficient scientific basis to establish causal link between workers' cancers and employment — Whether Tribunal erred in its approach to causation in deciding that workers' cancer was occupational disease arising due to nature of employment — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, ss. 6, 250(4).

H, S and M (the "workers") were among seven technicians at a single hospital laboratory who were diagnosed with breast cancer. Each of them applied for compensation under the *Workers Compensation Act* on the basis that the cancer was an occupational disease. The *Act* provides that where a worker is disabled from an occupational disease that is due to the nature of his or her employment, compensation is payable as if the disease were a personal injury arising out of and in the course of that employment. In accordance with the applicable policy, the payment of benefits is conditional upon the employment having been of "causative significance" in the development of the worker's illness.

The medical experts who provided evidence concluded that there was a lack of a sufficient scientific basis to causally link the incidence of breast cancer to the workers' employment in the laboratory. A review officer of the Workers' Compensation Board denied each of the workers' claims. The workers each appealed the Board's decision to the Workers' Compensation Appeal Tribunal. A majority of the Tribunal found that the workers' breast cancers were indeed occupational diseases. Upon application by the employer to the Tribunal for reconsideration, a reconsideration panel upheld the original decision. The employer's application for judicial review of the Tribunal's original and reconsideration decisions was allowed: both decisions were set aside and the matter was remitted back to the Tribunal. On appeal by the workers, the majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, holding that the Tribunal's reconsideration decision was a nullity and that the Tribunal's original decision was patently unreasonable. The workers now appeal to this Court, raising the issue of whether the Tribunal erred in its approach to causation. The Tribunal also appeals to this Court, raising the issue of whether it can, by way of

Accidents du travail — Maladie professionnelle — Lien de causalité — Preuve — Norme de preuve — Techniciennes du laboratoire d'un hôpital atteintes d'un cancer du sein demandant une indemnisation parce que leur cancer constitue une maladie professionnelle — Indemnisation payable s'il existe un lien causal significatif entre l'emploi et l'évolution de la maladie — Experts médicaux incapables de conclure à l'existence de données scientifiques permettant d'établir un lien de causalité entre le cancer des employées et leur travail — Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son analyse du lien de causalité en décidant que le cancer dont étaient atteintes les employées était une maladie professionnelle attribuable à la nature de leur travail? — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, art. 6, 250(4).

H, S et M (les « employées ») font partie des sept techniciennes du même laboratoire d'un hôpital qui ont appris être atteintes d'un cancer du sein. Chacune d'elles a réclamé une indemnité au titre de la *Workers Compensation Act* (la « *Loi* ») en affirmant que le cancer constituait une maladie professionnelle. Selon la *Loi*, lorsqu'un travailleur est invalide à cause d'une maladie professionnelle attribuable à la nature de son travail, une indemnité doit lui être versée tout comme s'il s'agissait d'une blessure corporelle survenue par le fait et à l'occasion de ce travail. La directive applicable assujettit le versement des prestations au fait que le travail a eu un effet « causal significatif » sur l'évolution de la maladie qui frappe le travailleur.

La preuve fournie par les experts médicaux indique qu'ils ont conclu à l'absence de données scientifiques permettant d'établir l'existence d'un lien de causalité entre l'incidence du cancer du sein et le travail en laboratoire des employées. Un agent de révision du Workers' Compensation Board (la « Commission ») a rejeté chacune des demandes des employées. Chacune d'elles a fait appel de la décision de la Commission devant le Workers' Compensation Appeal Tribunal (« Tribunal »). Une majorité des membres du Tribunal a qualifié de maladie professionnelle le cancer du sein dont étaient atteintes les employées. L'employeur a demandé au Tribunal de réexaminer sa décision et un comité de réexamen a confirmé cette décision. La demande de contrôle judiciaire de l'employeur à l'encontre de la décision initiale du Tribunal et de sa décision sur la demande de réexamen a été accueillie; les deux décisions ont été annulées et l'affaire a été renvoyée au Tribunal. Dans l'appel interjeté par les employées, la Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel, concluant que la décision du Tribunal sur la demande de réexamen était nulle et que sa décision initiale était manifestement déraisonnable.

a reconsideration decision, reopen an earlier decision to consider whether it was patently unreasonable.

Held (Côté J. dissenting in part): The appeal by the workers should be allowed. The appeal by the Tribunal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Brown JJ.: The standard of review applicable to the Tribunal's original decision requires curial deference, absent a finding of fact or law that is patently unreasonable. Because a court must defer where there is evidence capable of supporting a finding of fact, patent unreasonableness is not established where the reviewing court considers the evidence merely to be insufficient.

The presence or absence of opinion evidence from an expert positing or refuting a causal link is not determinative of causation. Causation can be inferred — even in the face of inconclusive or contrary expert evidence — from other evidence, including merely circumstantial evidence. Subject to the applicable standard of review, the task of weighing evidence rests with the trier of fact. In the instant case, the Tribunal's original decision cannot be said to have been patently unreasonable. While the record on which that decision was based did not include confirmatory expert evidence, the Tribunal nonetheless relied upon other evidence which, viewed reasonably, was capable of supporting its finding of a causal link between the workers' breast cancers and workplace conditions.

In addition, according to the standard of proof set out in s. 250(4) of the *Act*, where the evidence is evenly weighed on causation, that issue must be resolved in the workers' favour. This standard of proof contrasts sharply with the scientific standards employed by the medical experts in the case at bar. The majority of the Tribunal was right to consider that the experts thus imposed a too stringent standard of proof. In relying upon the inconclusive quality of the experts' findings as determinative of whether a causal link was established between the workers' breast cancers and their employment, the chambers judge and the majority of the Court of Appeal erred in law.

Les employées se pourvoient maintenant devant la Cour et soulèvent la question de savoir si le Tribunal a commis une erreur dans son analyse de la causalité. Le Tribunal se pourvoit lui aussi devant la Cour, soulevant la question de savoir s'il peut, par une décision sur une demande de réexamen, rouvrir une décision antérieure pour déterminer si elle était manifestement déraisonnable.

Arrêt (la juge Côté est dissidente en partie) : Le pourvoi des employées est accueilli. Le pourvoi du Tribunal est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Brown : La norme de contrôle applicable à la décision initiale du Tribunal commande la retenue, en l'absence d'une conclusion de fait ou de droit manifestement déraisonnable. Étant donné qu'une cour doit faire preuve de retenue lorsque les éléments de preuve peuvent étayer une conclusion de fait, le caractère manifestement déraisonnable n'est pas établi lorsque la cour de révision estime simplement que la preuve est insuffisante.

La présence ou l'absence de témoignage d'opinion d'un expert qui confirme ou réfute l'existence d'un lien de causalité n'est pas un critère déterminant en matière de causalité. Il est possible d'inférer la causalité — même en présence d'une preuve d'expert non concluante ou contraire — à partir d'autres éléments de preuve, y compris d'une preuve simplement circonstancielle. Sous réserve de la norme de contrôle applicable, l'évaluation de la preuve incombe au juge des faits. En l'espèce, on ne saurait dire que la décision initiale du Tribunal était manifestement déraisonnable. Bien que le dossier sur lequel reposait la décision ne contienne aucune preuve d'expert confirmative, le Tribunal s'est néanmoins fondé sur d'autres éléments de preuve qui, perçus de façon raisonnable, pouvaient étayer sa conclusion quant à l'existence d'un lien causal entre le cancer du sein des employées et leurs conditions de travail.

De plus, selon la norme de preuve établie au par. 250(4) de la *Loi*, lorsque les éléments de preuve ont une valeur probante égale quant au lien de causalité, la question doit être tranchée en faveur des employés. Cette norme de preuve contraste nettement avec les normes d'ordre scientifique appliquées par les experts médicaux en l'espèce. Les membres majoritaires du Tribunal ont estimé avec raison que les experts imposaient une norme de preuve trop stricte. En se fondant sur les conclusions incertaines des experts pour se prononcer quant à l'existence de la preuve d'un lien de causalité entre le cancer du sein des employées et leur travail, le juge en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur de droit.

With respect to the appeal by the Tribunal, the employer agrees with the Court of Appeal's assessment that the Tribunal's reconsideration decision was a nullity. Accordingly, there is no reason to interfere with that aspect of the Court of Appeal's decision.

Per Côté J. (dissenting in part): There is agreement with the majority with respect to the Tribunal's appeal only. As for the workers' appeal, it should be dismissed since the original decision of the Tribunal is patently unreasonable and ought to be set aside. There is no evidence — and certainly no positive evidence — capable of supporting a causal link between the workers' employment and the development of their respective diseases.

Experts are responsible for providing decision-makers with precisely those inferences that decision-makers — due to the technical nature of the issues — are unable to formulate themselves. The Tribunal is not presumed to possess medical expertise. As a result, while the Tribunal is not bound by the medical experts' findings, it cannot simply disregard their uncontradicted conclusions. In this case, the expert reports before the Tribunal were unequivocal: the available evidence could not establish any causal relationship between the workers' employment as laboratory technicians and the development of their breast cancer.

In the instant case, the medical experts did not seek to establish causation on a level of scientific certainty. Having undertaken a more limited investigation, the medical experts simply found no workplace exposure that could plausibly have increased the risk of developing breast cancer. As a result, even on the relaxed standard of proof applicable under s. 250(4) of the *Act*, there is still no positive evidence capable of establishing causative significance.

While drawing inferences is important in fact finding, the evidence in the record must still be capable of supporting the inferences drawn. Otherwise, the fact-finder is at risk of straying outside the realm of inference and reasonable deductions and into the wilderness of mere speculation or conjecture. Common sense or inferential reasoning cannot bridge insuperable gaps in the evidence, in either a standard civil action or in an administrative claim under the *Act*. In the case at bar, the only support for the Tribunal's original decision is the existence of a cluster of diagnosed cases of breast cancer.

Pour ce qui est de l'appel du Tribunal, l'employeur estime à l'instar de la Cour d'appel que la décision du Tribunal sur la demande de réexamen était nulle. En conséquence, il n'y a aucune raison de modifier la décision de la Cour d'appel à cet égard.

La juge Côté (dissidente en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires uniquement en ce qui concerne l'appel du Tribunal. Pour ce qui est de l'appel des employées, il doit être rejeté puisque la décision initiale du Tribunal est manifestement déraisonnable et doit être annulée. Il n'existe dans ce dossier aucun élément de preuve — et certainement aucun élément de preuve positive — susceptible d'étayer l'existence d'un lien de causalité entre l'emploi des employées et le développement de leur maladie respective.

Le rôle de l'expert est précisément de fournir au décideur une conclusion que ce dernier, en raison de la nature technique de la question à trancher, ne peut formuler. Le Tribunal n'est pas présumé posséder une expertise spécialisée dans le domaine médical. Ainsi, bien qu'il ne soit pas lié par les conclusions des experts médicaux, le Tribunal ne peut simplement écarter leurs conclusions non contredites. En l'espèce, les rapports d'experts soumis au Tribunal étaient catégoriques : la preuve présentée ne permettait pas d'établir l'existence d'un lien de causalité entre le travail de chaque employée en tant que technicienne de laboratoire et le cancer du sein que chacune avait développé.

Dans la présente affaire, les experts médicaux ne cherchaient pas à établir l'existence d'un lien de causalité avec un degré de certitude scientifique. Ayant ainsi limité le cadre de leur analyse, les experts médicaux ont simplement conclu qu'aucune exposition à des substances en milieu de travail ne pouvait de façon plausible avoir augmenté le risque de développer un cancer du sein. En conséquence, même en appliquant la norme assouplie de preuve applicable aux termes du par. 250(4) de la *Loi*, on ne trouve aucun élément de preuve positive susceptible de démontrer l'existence d'un lien causal significatif.

Bien qu'il faille accorder de l'importance aux conclusions tirées par le juge des faits, la preuve au dossier doit néanmoins permettre d'étayer les conclusions ainsi tirées. Sinon, le juge des faits risque de déborder le cadre des inférences et des déductions raisonnables et de s'aventurer dans la jungle des pures hypothèses et spéculations. Le raisonnement par induction ou fondé sur le bon sens ne peut tout simplement pas combler les lacunes insurmontables dans la preuve, que ce soit dans une action civile ou dans une demande administrative présentée en vertu de la *Loi*. En l'espèce, la décision

The Tribunal's findings of fact simply do not rise above the level of mere speculation. The Tribunal disregarded the consensus view of the medical experts, in spite of its own lack of expertise in medical matters. The Tribunal also ignored the applicable policy, which states that there must be sufficient positive evidence capable of supporting a finding of causative significance, failing which the only possible option is to deny the claim.

Cases Cited

By Brown J.

Referred to: *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Sam v. Wilson*, 2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199; *Moore v. Castlegar & District Hospital* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98; *Speckling v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Kovach, Re* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98, rev'd 2000 SCC 3, [2000] 1 S.C.R. 55; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Medwid v. Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 578; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

By Côté J. (dissenting in part)

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v; *Page v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2009 BCSC 493; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32; *Caswell v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 152; *Kozak v. Funk* (1997), 158 Sask. R. 283, aff'g in part (1995), 135 Sask. R. 81; *Meringolo v. Oshawa General*

initiale du Tribunal repose uniquement sur l'existence d'un groupe de cas diagnostiqués de cancer du sein. Les conclusions de fait tirées par le Tribunal ne vont pas au-delà de simples spéculations. Le Tribunal a écarté l'opinion unanime des experts médicaux, malgré le fait qu'il ne possédait lui-même aucune connaissance spécialisée dans le domaine médical. Le Tribunal a également fait fi de la directive applicable, qui prévoit qu'il doit exister suffisamment d'éléments de preuve positive permettant de conclure à l'existence d'un lien causal significatif, à défaut de quoi la seule décision possible est le rejet de la demande.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêts mentionnés : *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Sam c. Wilson*, 2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199; *Moore c. Castlegar & District Hospital* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98; *Speckling c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Kovach, Re* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98, inf. par 2000 CSC 3, [2000] 1 R.C.S. 55; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Medwid c. Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 578; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v; *Page c. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2009 BCSC 493; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32; *Caswell c. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 152; *Kozak c. Funk* (1997), 158 Sask. R. 283, conf. en partie (1995),

Hospital (1991), 46 O.A.C. 260, leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. vii; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, s. 58.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, ss. 6, 96, 96.2 to 96.4, 245.1(w), 250(2), (4), 253.1, 254, 255(1), 256(2), Sch. B.

Authors Cited

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
British Columbia. Workers' Compensation Board. *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II (online: http://www.worksafebc.com).
Cheifetz, David. "The Snell Inference and Material Contribution: Defining the Indefinable and Hunting the Causative Snark" (2005), 30 *Advocates' Q.* 1.
Haack, Susan. *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.
Hill, Austin Bradford. "The Environment and Disease: Association or Causation?" (1965), 58 *Proc. R. Soc. Med.* 295.
Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in British Columbia. *Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, Final Report by George Astrakianakis et al. March 31, 2006 (online: http://www.phsa.ca).
Wright, Richard W. "Proving Causation: Probability versus Belief", in Richard Goldberg, ed., *Perspectives On Causation*. Oxford: Hart, 2011, 195.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Chiasson, Frankel, Bennett and Goepel JJ.A.), 2014 BCCA 499, 364 B.C.A.C. 241, 82 Admin. L.R. (5th) 246, 67 B.C.L.R. (5th) 213, 380 D.L.R. (4th) 204, 625 W.A.C. 241, [2015] 4 W.W.R. 1, [2014] B.C.J. No. 3111 (QL), 2014 CarswellBC 3824 (WL Can.), affirming a decision of Savage J., 2013 BCSC 524, [2013] B.C.J. No. 605 (QL), 2013 CarswellBC 795 (WL Can.). Appeal by the Workers' Compensation Appeal Tribunal dismissed. Appeal by Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane allowed, Côté J. dissenting.

135 Sask. R. 81; *Meringolo c. Oshawa General Hospital* (1991), 46 O.A.C. 260, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. vii; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, art. 58.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, art. 6, 96, 96.2 à 96.4, 245.1(w), 250(2), (4), 253.1, 254, 255(1), 256(2), ann. B.

Doctrine et autres documents cités

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
Cheifetz, David. « The Snell Inference and Material Contribution : Defining the Indefinable and Hunting the Causative Snark » (2005), 30 *Advocates' Q.* 1.
Colombie-Britannique. Workers' Compensation Board. *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II (online : http://www.worksafebc.com).
Haack, Susan. *Evidence Matters : Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, Cambridge University Press, 2014.
Hill, Austin Bradford. « The Environment and Disease : Association or Causation? » (1965), 58 *Proc. R. Soc. Med.* 295.
Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in British Columbia. *Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, Final Report by George Astrakianakis et al., March 31, 2006 (online : http://www.phsa.ca).
Wright, Richard W. « Proving Causation : Probability versus Belief », in Richard Goldberg, ed., *Perspectives On Causation*, Oxford, Hart, 2011, 195.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Chiasson, Frankel, Bennett et Goepel), 2014 BCCA 499, 364 B.C.A.C. 241, 82 Admin. L.R. (5th) 246, 67 B.C.L.R. (5th) 213, 380 D.L.R. (4th) 204, 625 W.A.C. 241, [2015] 4 W.W.R. 1, [2014] B.C.J. No. 3111 (QL), 2014 CarswellBC 3824 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Savage, 2013 BCSC 524, [2013] B.C.J. No. 605 (QL), 2013 CarswellBC 795 (WL Can.). Pourvoi du Workers' Compensation Appeal Tribunal rejeté. Pourvoi de Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane accueilli, la juge Côté est dissidente.

Timothy J. Martiniuk and *Jeremy Thomas Lovell*, for the appellant/respondent the Workers' Compensation Appeal Tribunal.

Tonie Beharrell, *Randall J. Noonan* and *Kaity Cooper*, for the appellants/respondents Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane.

Nazeer T. Mitha, *Dianne D. Rideout* and *Erin Cutler*, for the respondent Fraser Health Authority.

Christine Mohr and *Alexander Pless*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sara Blake and *Sandra Nishikawa*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Ivana Petricone, for the interveners the Ontario Network of Injured Workers' Groups and the Industrial Accident Victims' Group of Ontario.

Monique Pongracic-Speier, for the interveners the Community Legal Assistance Society and the British Columbia Federation of Labour.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Brown JJ. was delivered by

Brown J. —

I. Introduction

[1] These appeals call upon the Court to consider (1) whether the British Columbia Workers' Compensation Appeal Tribunal can, by way of a "reconsideration" decision, reopen an earlier decision to consider whether it was patently unreasonable (the "WCAT Appeal"); and (2) whether, in the circumstances of this case, the Tribunal erred in its approach to causation[1] in deciding that each of three workers' cases of breast cancer was an "occupational disease"

[1] Tort law recognizes two dimensions of causation: factual (cause-in-fact) and legal (cause-in-law/remoteness) (*Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 3). In these reasons, where I refer to "causation" I mean *factual* causation.

Timothy J. Martiniuk et *Jeremy Thomas Lovell*, pour l'appelant/intimé Workers' Compensation Appeal Tribunal.

Tonie Beharrell, *Randall J. Noonan* et *Kaity Cooper*, pour les appelantes/intimées Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane.

Nazeer T. Mitha, *Dianne D. Rideout* et *Erin Cutler*, pour l'intimée Fraser Health Authority.

Christine Mohr et *Alexander Pless*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sara Blake et *Sandra Nishikawa*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Ivana Petricone, pour les intervenants Ontario Network of Injured Workers' Groups et Industrial Accident Victims' Group of Ontario.

Monique Pongracic-Speier, pour les intervenantes Community Legal Assistance Society et British Columbia Federation of Labour.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Brown rendu par

Le juge Brown —

I. Introduction

[1] En l'espèce, la Cour est appelée à déterminer (1) si le Workers' Compensation Appeal Tribunal de la Colombie-Britannique (« Tribunal ») peut, par une décision sur une « demande de réexamen », rouvrir une décision antérieure pour déterminer si elle était manifestement déraisonnable (« l'appel du Tribunal »); et (2) si, eu égard aux circonstances de l'espèce, le Tribunal a commis une erreur dans son analyse de la causalité[1] en statuant que le cancer du

[1] Le droit de la responsabilité délictuelle reconnaît deux dimensions à la causalité : la dimension factuelle (en fait), et la dimension juridique (en droit/caractère éloigné) (*Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 3). Dans les présents motifs, le terme « causalité » s'entend de la causalité *factuelle*.

arising "due to the nature of [their] employment" (the "Workers' Appeal"). A majority of the British Columbia Court of Appeal held that the Tribunal's reconsideration decision (which simply affirmed its original decision) was a nullity, and that the Tribunal erred in its original decision in finding a causal link between the workers' breast cancers and their employment.

[2] I would allow the Workers' Appeal and dismiss the WCAT Appeal. As to the WCAT Appeal, as I will explain, the respondent Fraser Health Authority agrees with the Court of Appeal's assessment that the Tribunal's reconsideration decision was a nullity. I therefore see no reason to interfere with that aspect of the Court of Appeal's decision. On the issue of causation raised by the Workers' Appeal, however, for the reasons that follow I am of the view that, in light of the applicable standard of review, the Tribunal's finding of a causal link between the workers' breast cancers and their employment should not have been upset.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Background and Statutory Provisions*

[3] Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane were among seven technicians at a single hospital laboratory who were diagnosed with breast cancer. Each of them applied for compensation under the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, on the basis that the cancer was an "occupational disease".

[4] The *Act* establishes a comprehensive no-fault insurance scheme for workers who sustain workplace injuries or suffer from occupational diseases. More specifically, s. 6 of the *Act* provides that where a worker is disabled from an occupational disease that is due to the nature of his or her employment, compensation is payable "as if the disease were a

sein dont chacune des trois employées était atteinte constituait une [TRADUCTION] « maladie professionnelle attribuable à la nature de [leur] emploi » (« l'appel des employées »). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu à la majorité que la décision du Tribunal sur la demande de réexamen (qui confirmait simplement sa décision initiale) était nulle, et que le Tribunal avait commis une erreur dans sa décision initiale en concluant à l'existence d'un lien de causalité entre le cancer du sein dont étaient atteintes les employées et leur emploi.

[2] Je suis d'avis d'accueillir l'appel des employées et de rejeter l'appel du Tribunal. Pour ce qui est de l'appel du Tribunal, comme je l'explique plus loin, l'intimée Fraser Health Authority estime à l'instar de la Cour d'appel que la décision du Tribunal sur la demande de réexamen était nulle. En conséquence, je ne vois aucune raison de modifier la décision de la Cour d'appel à cet égard. Toutefois, pour ce qui est de la question de la causalité que soulève l'appel des employées, j'estime, pour les motifs exposés ci-après, que compte tenu de la norme de contrôle applicable, il n'y avait pas lieu de modifier la conclusion du Tribunal quant à l'existence d'un lien de causalité entre le cancer du sein qui a frappé les employées et leur emploi.

II. Aperçu des faits et des procédures

A. *Contexte et dispositions législatives*

[3] Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane font partie des sept techniciennes du même laboratoire d'un hôpital qui ont appris être atteintes d'un cancer du sein. Chacune d'elles a réclamé une indemnité au titre de la loi intitulée *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 (la « *Loi* »), en affirmant que le cancer constituait une « maladie professionnelle ».

[4] La *Loi* établit un régime exhaustif d'assurance sans égard à la responsabilité à l'intention des travailleurs blessés en milieu de travail ou atteints de maladies professionnelles. Plus particulièrement, suivant l'art. 6 de la *Loi*, lorsqu'un travailleur est invalide à cause d'une maladie professionnelle attribuable à la nature de son travail, une indemnité

personal injury arising out of and in the course of that employment".

[5] Upon receiving a claim, the Workers' Compensation Board inquires into, hears and determines all matters and questions of fact and law (s. 96). Certain decisions of the Board can be reviewed by a review officer (ss. 96.2 to 96.4) and, further, can be appealed to the Tribunal. Section 254 confers upon the Tribunal "exclusive jurisdiction to inquire into, hear and determine all those matters and questions of fact, law and discretion arising or required to be determined [on appeals under the *Act*]". Further, the Tribunal may amend its own decisions to cure a clerical or typographical error, an "accidental or inadvertent error, omission or other similar mistake" or an arithmetical error (s. 253.1), or it may reconsider a decision to cure a jurisdictional defect or if new evidence has become available or has been discovered (ss. 253.1(5) and 256(2)).

[6] As to whether a worker suffers from an occupational disease due to the nature of his or her employment, the Board's *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II ("*RSCM II*" (online), the relevant policy which must be applied by the Tribunal to decide these appeals (s. 250(2) of the *Act*), conditions payment of benefits upon the employment having been of "causative significance" in the development of the worker's illness. This means "more than a trivial or insignificant aspect of the injury or death" (*RSCM II*, Chapter 3, policy item #14.00), and entails consideration of whether:

- there is a physiological association between the injury or death and the employment activity, including whether the activity was of sufficient degree and/or duration to be of causative significance in the injury or death;

doit lui être versée tout [TRADUCTION] « comme s'il s'agissait d'une blessure corporelle survenue par le fait et à l'occasion de ce travail ».

[5] À la réception d'une demande, la commission des accidents du travail, le Workers' Compensation Board (la « Commission »), tranche, après examen et audition, toutes les questions de fait et de droit (art. 96). Certaines décisions de la Commission sont susceptibles de révision par un agent de révision (art. 96.2 à 96.4), et peuvent ensuite être portées en appel devant le Tribunal. L'article 254 confère au Tribunal la [TRADUCTION] « compétence exclusive pour trancher, après examen et audition, toutes les questions de fait, de droit, ainsi que les questions relatives à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, qui se posent ou qui doivent être résolues [dans les appels interjetés sous le régime de la *Loi*] ». En outre, le Tribunal peut modifier ses propres décisions pour corriger une erreur d'écriture ou de typographie, une « erreur accidentelle ou commise par inadvertance, une omission ou toute autre erreur semblable », ou une erreur de calcul (art. 253.1), et il peut réexaminer une décision pour corriger un vice juridictionnel ou s'il existe de nouveaux éléments de preuve (par. 253.1(5) et 256(2)).

[6] Quant à la question de savoir si un travailleur souffre d'une maladie professionnelle attribuable à la nature de son travail, le volume II du guide de la Commission intitulé *Rehabilitation Services & Claims Manual* (« *RSCM II* » (en ligne), qui énonce la directive que le Tribunal doit appliquer pour trancher ces appels (par. 250(2) de la *Loi*), assujettit le versement des prestations au fait que le travail a eu un effet [TRADUCTION] « causal significatif » sur l'évolution de la maladie qui frappe le travailleur. C'est dire que le travail doit avoir joué un rôle « plus qu'anodin ou insignifiant dans la blessure ou le décès » (*RSCM II*, c. 3, art. 14.00), et il faut donc déterminer :

[TRADUCTION]

- s'il existe un lien physiologique entre la blessure ou le décès et l'activité professionnelle, notamment si l'intensité ou la durée de cette activité étaient telles qu'elles ont eu un effet causal significatif sur la blessure ou le décès;

- there is a temporal relationship between the work activity and the injury or death; and
- any non-work related medical conditions were a factor in the resulting injury or death.

[7] Section 250(4) of the *Act* provides that, where the Tribunal is hearing an appeal respecting the compensation of a worker and the evidence is "evenly weighted" on an issue, the Tribunal must resolve that issue "in a manner that favours the worker". In other words, the applicable burden of proof is not the civil burden of "balance of probabilities". Where the evidence leads to a draw, the finding must favour the worker. This extends to deciding whether the occupational disease is "due to" the nature of employment — that is, to the issue of causation: ". . . if the weight of the evidence suggesting the disease was caused by the employment is roughly equally balanced with evidence suggesting non-employment causes, the issue of causation will be resolved in favour of the worker" (*RSCM II*, Chapter 4, policy item #26.22).

[8] By joint operation of s. 245.1(w) of the *Workers Compensation Act* and s. 58(2)(a) of the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, a reviewing court may not interfere with a finding of fact or law made by the Tribunal in respect of a matter over which it has exclusive jurisdiction unless it is patently unreasonable.

B. *Evidence on Causation*

[9] The causal issue before the Board, the Tribunal and the courts below was the etiology of the workers' breast cancers.[2] The evidence on that question comprised three expert reports:

[2] Although the parties to the judicial review agreed to proceed solely in respect of Ms. Hammer, they did so on the basis that the outcome of her case will govern the outcome of the other two workers' cases (as the Tribunal decisions in respect of each of the three workers were substantially identical): 2013 BCSC 524, at para. 8 (CanLII).

- s'il existe un lien chronologique entre l'activité professionnelle et la blessure ou le décès;
- si un problème de santé non lié au travail a contribué à la blessure ou au décès.

[7] Selon le par. 250(4) de la *Loi*, lorsqu'il est saisi d'un appel portant sur l'indemnisation d'un travailleur et que les éléments de preuve relatifs à une question sont [TRADUCTION] « de valeur probante égale », le Tribunal doit trancher la question « en faveur du travailleur ». Autrement dit, le fardeau de la preuve n'est pas celui de la « prépondérance des probabilités » applicable en droit civil. Si les éléments de preuve contradictoires sont de valeur probante équivalente, la décision doit être favorable au travailleur. Il en va de même pour déterminer si la maladie professionnelle est « attribuable » à la nature du travail — c'est-à-dire pour trancher la question du lien de causalité : [TRADUCTION] « . . . si la valeur probante des éléments de preuve tendant à indiquer que la maladie a été causée par le travail est à peu près équivalente à celle des éléments de preuve tendant à indiquer le contraire, la question du lien de causalité sera tranchée en faveur du travailleur » (*RSCM II*, c. 4, art. 26.22).

[8] Par l'effet conjugué de l'al. 245.1(w) de la *Workers Compensation Act* et de l'al. 58(2)(a) de l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, la cour de révision ne peut modifier une conclusion de fait ou de droit tirée par le Tribunal et relative à une question relevant de sa compétence exclusive que si cette conclusion est manifestement déraisonnable.

B. *Preuve relative au lien de causalité*

[9] Devant la Commission, le Tribunal et les cours d'instance inférieure, la question de la causalité concernait l'étiologie du cancer du sein dont étaient atteintes les employées[2]. La preuve relative à cette question comprenait les trois rapports d'expert suivants :

[2] Les parties au contrôle judiciaire ont convenu de procéder seulement à l'égard de la demande de M^me^ Hammer et ont accepté que l'issue s'appliquerait aux demandes des deux autres appelantes (étant donné que les décisions du Tribunal à l'égard de chacune d'elles étaient essentiellement identiques) : 2013 BCSC 524, par. 8 (CanLII).

(a) the final report of the Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in British Columbia ("OHSAH") regarding the incidence of cancer in the laboratory where the workers were employed (*Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, Final Report, March 31, 2006, at p. 35 (online)) and two earlier draft reports, each produced by various OHSAH staff, consultants and trainees (collectively the "OHSAH reports");

(b) the report of Dr. Jeremy R. Beach, a specialist in occupational medicine; and

(c) the report of Dr. M. W. Yamanaka, a medical advisor to the Board specializing in occupational medicine.

[10] The OHSAH reports contained a review of the scientific literature on factors associated with the risk of breast cancer, an epidemiological analysis of the cancer cluster among workers in the laboratory, and a field investigation into possible exposure among laboratory technicians to potentially carcinogenic substances. They confirmed that the number of diagnoses of breast cancer (7 of the 63 workers studied were so diagnosed) represented a statistically significant cluster, with a "standardized incidence ratio" for breast cancer approximately eight times the rate that would have been expected in the general population. As to potential causes, the authors of these reports observed no current occupational chemical exposures, but noted that past exposures were "likely much higher", and included one known human carcinogen (Final Report, at p. 35).

[11] Ultimately, the authors of the OHSAH reports did not reach "scientific conclusions to support the association between work-related exposures

a) le rapport final de l'agence de la santé et de la sécurité au travail, l'Occupational Health and Safety Agency for Healthcare de la Colombie-Britannique (« OHSAH »), concernant les cas de cancer parmi le personnel du laboratoire où les employées avaient travaillé (*Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, rapport final, 31 mars 2006, p. 35 (en ligne)), et deux rapports préliminaires antérieurs, rédigés par divers employés de l'OHSAH, des consultants et des stagiaires (collectivement les « rapports de l'OHSAH »);

b) le rapport du D[r] Jeremy R. Beach, spécialiste en médecine du travail;

c) le rapport du D[r] M. W. Yamanaka, conseiller médical de la Commission et spécialiste en médecine du travail.

[10] Les rapports de l'OHSAH comprenaient une analyse des ouvrages scientifiques sur les facteurs associés au risque de cancer du sein, une analyse épidémiologique de l'incidence du cancer parmi le personnel du laboratoire et une enquête sur le terrain concernant l'exposition possible des techniciens du laboratoire à des substances potentiellement cancérigènes. Ces rapports confirmaient que le nombre de diagnostics de cancer du sein (7 des 63 employées faisant l'objet de l'étude avaient reçu un tel diagnostic) constituait un groupe de cas statistiquement significatif, et que le [TRADUCTION] « taux d'incidence normalisé » pour le cancer du sein était d'environ huit fois celui auquel on pouvait s'attendre dans la population en général. Au sujet des causes potentielles, les auteurs des rapports n'ont constaté aucune exposition actuelle à des substances chimiques en milieu de travail, mais ont noté que l'exposition antérieure à de telles substances était [TRADUCTION] « vraisemblablement beaucoup plus élevée », notamment à un agent cancérigène pour les humains (rapport final, p. 35).

[11] En définitive, les auteurs des rapports de l'OHSAH ne faisaient pas état de [TRADUCTION] « conclusions scientifiques révélant un lien entre

and breast cancer in this cluster" (Final Report, at p. iii). More particularly, they explained that "[o]ur review of the literature was unable to establish the basis for [an etiological hypothesis based on scientific evidence of causal mechanisms for breast cancer], as we did not find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer" (p. iv). The authors speculated that the increased incidence of breast cancer among laboratory employees may have been due to "(1) a cluster of reproductive and other known, non-occupational, risk factors, (2) past exposures to chemical carcinogens and less likely to ionizing radiation, and (3) a statistical anomaly" (p. 39 (emphasis added)).

[12] Dr. Beach's report and Dr. Yamanaka's report were each in substantial agreement with the OHSAH reports. In particular, Dr. Beach and Dr. Yamanaka shared the OHSAH reports' conclusion regarding the lack of a sufficient scientific basis to causally link the incidence of breast cancer to the workers' employment in the laboratory. Dr. Yamanaka went somewhat further than Dr. Beach, saying (without elaboration) that he "would prefer to refute than support" that posited link, and that he "would favor the opinion that non-occupational factors were the cause of [the] breast cancer" (J.R., vol. 4, at p. 230).

C. *The Decisions Below*

(1) The Workers' Compensation Board

[13] A review officer of the Board denied each of the claims, finding that "there is insufficient evidence . . . to conclude that [each worker's] years of employment as a medical lab technician has played a significant role in causing breast cancer", and

l'exposition en milieu de travail et le cancer du sein dans ce groupe de cas » (rapport final, p. iii). Plus particulièrement, selon les auteurs des rapports, « [l]'examen des ouvrages scientifiques ne nous a pas permis d'établir le fondement [d'une hypothèse étiologique qui reposerait sur des données scientifiques quant aux mécanismes à l'origine du cancer du sein], car nous n'avons trouvé aucune preuve scientifique permettant de conclure à une hypothèse plausible concernant l'étiologie du cancer du sein qui serait liée au travail en laboratoire » (p. iv). Les auteurs avançaient l'hypothèse que l'incidence élevée du cancer du sein parmi les employées du laboratoire pourrait être attribuable à « (1) un regroupement de facteurs liés à la reproduction et d'autres facteurs de risque connus autres que professionnels, (2) à l'exposition antérieure à des substances chimiques cancérigènes et moins probablement à l'exposition aux radiations ionisantes, et (3) à une anomalie statistique » (p. 39 (je souligne)).

[12] Dans leurs rapports, les D^rs^ Beach et Yamanaka souscrivaient pour l'essentiel aux conclusions des rapports de l'OHSAH. Plus précisément, les D^rs^ Beach et Yamanaka souscrivaient aux conclusions des rapports de l'OHSAH quant à l'absence de données scientifiques permettant d'établir l'existence d'un lien de causalité entre l'incidence du cancer du sein et le travail en laboratoire des employées. Le D^r^ Yamanaka allait un peu plus loin que le D^r^ Beach, affirmant (sans fournir des détails) qu'il [TRADUCTION] « préférerai[t] réfuter plutôt qu'appuyer » l'existence de ce lien, et qu'il « estimerai[t] que le cancer du sein dans ce cas était attribuable à des facteurs autres que professionnels » (d.c., vol. 4, p. 230).

C. *Décisions des juridictions inférieures*

(1) La Commission

[13] Un agent de révision de la Commission a rejeté chacune des demandes, concluant que [TRADUCTION] « la preuve ne [. . .] permet pas de conclure que la période pendant laquelle [chaque employée] a travaillé comme technicienne de laboratoire a

pointing to various non-occupational risk factors for breast cancer (J.R., vol. 3, at p. 21).

(2) The Tribunal's Original Decisions

[14] The workers each appealed the Board's decision to the Tribunal. At the Tribunal, a majority of two members found that the workers' breast cancers were indeed occupational diseases. In doing so, the majority acknowledged the need for "positive evidence linking the disease to employment" (J.R., vol. 1, at p. 16) and cited the decision of this Court in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, as authority for a fact-finder's ability to draw a "common sense" inference of causation in the absence of scientific proof of causation — scientific standards being more rigorous than the "lesser standard . . . demanded by the law" (J.R., vol. 1, at p. 17). The authors of the OHSAH reports, in seeking "to reach scientific conclusions to support the association between work-related exposures and breast cancer in this cluster" (Final Report, at p. iii), therefore applied a too stringent standard of proof. The applicable standard was not that which is necessary to support a scientific conclusion, but rather the standard set out in s. 250(4) of the *Act*.

[15] The majority then analysed the evidence with reference to the indicia described by A. Bradford Hill ("The Environment and Disease: Association or Causation?" (1965), 58 *Proc. R. Soc. Med.* 295) for weighing epidemiological evidence of causation. In this case, the criteria of "strength of association" (the ratio of the incidence of disease among exposed workers when compared to the incidence within the general population) and "temporal relationship" (the proximity in time between exposure and the onset of the disease) were clearly satisfied, although other criteria were not. The majority concluded, however, that it was not necessary to identify a specific causal agent, it being sufficient for the evidence merely to point to a causal link between a disease and an occupation. Here, the evidence of past carcinogenic exposure, coupled

joué un rôle significatif dans le développement du cancer du sein », et désignant divers facteurs de risque, autres que professionnels, en ce qui concerne le cancer du sein (d.c., vol. 3, p. 21).

(2) Les décisions initiales du Tribunal

[14] Chacune des employées a fait appel de la décision de la Commission devant le Tribunal. Une majorité constituée de deux membres du Tribunal a qualifié de maladie professionnelle le cancer du sein dont étaient atteintes les employées. Ce faisant, les membres majoritaires ont reconnu la nécessité d'une [TRADUCTION] « preuve positive reliant la maladie et l'emploi » (d.c., vol. 1, p. 16), et ont cité l'arrêt de la Cour *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, pour affirmer qu'un décideur peut tirer une conclusion de causalité « conforme au bon sens » en l'absence d'une preuve scientifique établissant le lien de causalité — les normes scientifiques étant plus rigoureuses que la « norme moins stricte exigée par le droit » (d.c., vol. 1, p. 17). En cherchant à [TRADUCTION] « tirer des conclusions scientifiques révélant l'existence d'un lien entre l'exposition en milieu de travail et ce groupe de cas de cancer du sein » (rapport final, p. iii), les auteurs des rapports de l'OHSAH ont donc appliqué une norme de preuve trop stricte. La norme applicable n'était pas celle qui est nécessaire pour étayer une conclusion scientifique, mais plutôt celle que prévoit le par. 250(4) de la *Loi*.

[15] La majorité a ensuite examiné la preuve en se reportant aux indices décrits par A. Bradford Hill (« The Environment and Disease : Association or Causation? » (1965), 58 *Proc. R. Soc. Med.* 295) pour apprécier la preuve épidémiologique de la causalité. En l'espèce, les critères que sont [TRADUCTION] « l'importance de l'association » (l'incidence de la maladie parmi les employés exposés par rapport à son incidence dans la population en général) et le « lien chronologique » (la proximité temporelle entre l'exposition et l'apparition de la maladie) étaient clairement respectés, bien que ce n'était pas le cas pour d'autres critères. Les membres majoritaires ont toutefois conclu qu'il n'était pas nécessaire d'identifier un agent causal en particulier, puisqu'il suffisait que la preuve fasse simplement ressortir un lien de causalité entre une

with the statistically significant cluster of breast cancer cases among laboratory workers, comprised "positive evidence" supporting a conclusion that it was as likely as not that the workers' breast cancers were caused by workplace exposure.

maladie et un travail. En l'espèce, la preuve relative à l'exposition antérieure à des substances cancérigènes, à laquelle s'ajoutait le groupe statistiquement significatif de cas de cancer du sein parmi le personnel de laboratoire, constituait « une preuve positive » permettant de conclure qu'il était aussi probable qu'improbable que le cancer du sein dont étaient atteintes les employées ait été causé par une exposition à des substances cancérigènes au lieu de travail.

[16] The dissenting member explained that, while she agreed that scientific certainty was not required, the expert reports provided no "positive evidence" of a causal link. Without more, they were therefore insufficient to support a conclusion that workplace exposures were of causal significance.

[16] La membre dissidente a expliqué qu'elle convenait qu'il n'était pas nécessaire d'exprimer une certitude scientifique, mais que les rapports d'expert ne fournissaient aucune « preuve positive » de l'existence d'un lien de causalité. En conséquence, ces rapports ne permettaient pas à eux seuls de conclure que l'exposition en milieu de travail avait un lien de causalité significatif.

(3) The Tribunal's Reconsideration Decisions

(3) Les décisions du Tribunal sur les demandes de réexamen

[17] Fraser Health applied under s. 253.1(5) of the *Workers Compensation Act* for reconsideration[3] of the Tribunal's original decisions. While s. 253.1 permits the Tribunal to amend its decisions to correct clerical, typographical or mathematical errors, or to clarify its decisions, subs. (5) provides that "[t]his section must not be construed as limiting the appeal tribunal's ability, on request of a party, to reopen an appeal in order to cure a jurisdictional defect." Fraser Health's argument was that a "jurisdictional defect" arose here, since the Tribunal's finding in the original decisions of a causal link between the workers' breast cancers and their employment lacked supporting evidence and was, as such, patently unreasonable.

[17] Fraser Health a demandé, au titre du par. 253.1(5) de la *Workers Compensation Act*, le réexamen[3] des décisions initiales du Tribunal. Bien que l'art. 253.1 autorise le Tribunal à modifier ses décisions pour corriger une erreur d'écriture, de typographie ou de calcul, ou pour préciser ses décisions, le par. (5) de cet article prévoit que [TRADUCTION] « [l]e présent article n'a pas pour effet de limiter le pouvoir du tribunal d'appel d'accéder à la demande d'une partie de rouvrir un appel pour remédier à un vice juridictionnel. » Fraser Health a soutenu qu'il y avait eu, en l'espèce, un « vice juridictionnel », puisque la conclusion tirée par le Tribunal dans ses décisions initiales quant à l'existence d'un lien de causalité entre le cancer du sein des employées et leur emploi n'était pas étayée par la preuve et était donc manifestement déraisonnable.

[18] The reconsideration panel (comprising a single member) reviewed the original decisions for

[18] Le comité de réexamen (formé d'un seul membre) a examiné les décisions initiales pour

[3] The Tribunal interprets s. 253.1(5) as permitting it to review its own decisions for patent unreasonableness. Although it is more accurate to say that the Tribunal is "reopening" a decision, for clarity I adopt the language ("reconsideration") used by the Tribunal.

[3] Selon le Tribunal, le par. 253.1(5) lui confère le pouvoir de réviser ses propres décisions si elles sont manifestement déraisonnables. Il est plus exact de dire que le Tribunal « rouvre » une décision, mais, par souci de clarté, j'adopte le terme (« réexamen ») utilisé par le Tribunal.

patent unreasonableness and determined that, given the elevated standard incidence ratio and the past exposure to carcinogens, the original panel had sufficient evidence to support its conclusions regarding causation.

(4) British Columbia Supreme Court, 2013 BCSC 524

[19] Fraser Health sought judicial review of the Tribunal decisions — the original decisions and the reconsideration decisions. Savage J. (as he then was) explained that he would review the original decision for patent unreasonableness and the reconsideration decision for correctness. He observed that the Tribunal's decisions are entitled to the highest level of curial deference and, in particular, that "the [Tribunal] has a right to be wrong provided that there is some evidence capable of supporting its conclusion" (para. 11 (CanLII), citing *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 44).

[20] That said, the chambers judge observed, the Tribunal "was not entitled to ignore the expert evidence in favour of its own expertise or common sense, and it was patently unreasonable [for it] to do so" (para. 34). Here, he relied on British Columbia Court of Appeal authority — specifically, *Sam v. Wilson*, 2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199, at para. 41, citing *Moore v. Castlegar & District Hospital* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100 (C.A.), at para. 11 — which holds that, "where there is affirmative medical evidence leading to a medical conclusion it is not open to the court to apply 'the common sense reasoning urged in *Snell v. Farrell*'". This precluded "the purported application of common sense on matters of causation where there is contrary expert opinion" (chambers judge's reasons, at para. 40). Here, the experts clearly and unambiguously concluded that there was no evidence that workplace factors caused the workers' breast cancers. Given "the absence of any evidence and in the face of expert opinion to the contrary"

déterminer si elles étaient manifestement déraisonnables et a conclu que, compte tenu du haut taux d'incidence normalisé et de l'exposition antérieure à des substances cancérigènes, la formation initiale disposait d'une preuve suffisante pour étayer ses conclusions relatives au lien de causalité.

(4) Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2013 BCSC 524

[19] Fraser Health a demandé le contrôle judiciaire des décisions du Tribunal, à savoir les décisions initiales et les décisions sur les demandes de réexamen. Le juge Savage (maintenant juge de la Cour d'appel) a expliqué qu'il examinerait la décision initiale pour savoir si elle était manifestement déraisonnable et qu'il déterminerait si la décision sur la demande de réexamen était correcte. Le juge a fait remarquer que les décisions du Tribunal appellent le plus haut degré de retenue et, en particulier, que [TRADUCTION] « le [Tribunal] a le privilège de se tromper, pourvu que certains éléments de preuve puissent étayer sa conclusion » (par. 11 (CanLII), citant *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 44).

[20] Cela étant dit, le juge en cabinet a fait observer que le Tribunal [TRADUCTION] « ne pouvait pas écarter la preuve d'expert et se fier à sa propre expertise ou au bon sens, et qu'il était manifestement déraisonnable [pour le Tribunal] d'agir ainsi » (par. 34). En l'espèce, le juge s'est fondé sur la jurisprudence de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique — plus précisément sur l'arrêt *Sam c. Wilson*, 2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199, par. 41, citant l'arrêt *Moore c. Castlegar & District Hospital* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100 (C.A.), par. 11 — selon lequel [TRADUCTION] « lorsqu'une preuve médicale affirmative mène à une conclusion d'ordre médical, la cour ne peut pas appliquer "le raisonnement conforme au bon sens préconisé dans *Snell c. Farrell*" », ce qui faisait obstacle à « l'application du bon sens aux questions de causalité en présence d'un avis d'expert contraire » (motifs du juge en cabinet, par. 40). En l'espèce, les experts ont conclu sans équivoque que rien ne prouvait que des facteurs liés au milieu de travail avaient

(para. 49), the Tribunal's original decision was patently unreasonable and the reconsideration decision was incorrect. He set aside both decisions and remitted the matter back to the Tribunal.

causé le cancer du sein dont étaient atteintes les employées. Compte tenu de « l'absence de tout élément de preuve en ce sens et [de] la présence d'un avis d'expert contraire » (par. 49), la décision initiale du Tribunal était manifestement déraisonnable et la décision sur la demande de réexamen était incorrecte. Les deux décisions ont été annulées et l'affaire a été renvoyée au Tribunal.

(5) British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 499, 67 B.C.L.R. (5th) 213

(5) Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 499, 67 B.C.L.R. (5th) 213

[21] The workers appealed Savage J.'s decision, and the Court of Appeal invited the parties to make submissions as to, *inter alia*, the jurisdiction of the Tribunal to reconsider its original decision in this matter. Chiasson J.A., joined by Frankel and Goepel JJ.A., held that s. 253.1(5) of the *Workers Compensation Act* merely preserves the Tribunal's common law power to reopen a proceeding to complete its statutory task, and therefore does not permit it to correct errors made within its jurisdiction. The Tribunal's interpretation of s. 253.1(5) as permitting it to review its own decisions to identify and correct patently unreasonable errors is supported neither by that common law power to reopen nor by the *Act*'s legislative history. Since no true jurisdictional defect had been alleged, the Tribunal's reconsideration decision was a nullity. Chiasson J.A. therefore dismissed the appeal of the chambers judge's order setting aside the reconsideration decision.

[21] Les employées ont fait appel de la décision du juge Savage, et la Cour d'appel a invité les parties à présenter des observations concernant, notamment, la compétence du Tribunal pour réexaminer sa décision initiale dans la présente affaire. Le juge Chiasson, avec l'appui des juges Frankel et Goepel, a conclu que le par. 253.1(5) de la *Workers Compensation Act* ne fait que préserver le pouvoir de common law du Tribunal de rouvrir un dossier afin de compléter la tâche que lui confie la loi, et qu'il n'autorise donc pas le Tribunal à corriger les erreurs commises dans les limites de sa compétence. L'interprétation du par. 253.1(5) que donne le Tribunal, selon laquelle il peut réexaminer ses propres décisions afin d'y relever les erreurs manifestement déraisonnables qu'il aurait pu commettre et de les corriger, ne trouve aucun appui dans le pouvoir de common law de rouvrir une décision ni dans l'historique législatif de la *Loi*. Comme aucun vice de compétence véritable n'était allégué, la décision du Tribunal sur la demande de réexamen était nulle. Le juge Chiasson a donc rejeté l'appel de l'ordonnance par laquelle le juge en cabinet a annulé la décision sur la demande de réexamen.

[22] Newbury J.A., joined by Bennett J.A., disagreed. The meaning of "jurisdictional defect" in s. 253.1, having been drafted prior to the decision of this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, should not be confined to permitting the Tribunal to review for errors of "true" jurisdiction as that term was described in *Dunsmuir*. Rather, it should be understood in light of the common law power to reopen which, in her view, included the power of a tribunal to determine whether an original decision was patently

[22] La juge Newbury, avec l'appui de la juge Bennett, n'était pas d'accord. L'expression [TRADUCTION] « vice juridictionnel » à l'art. 253.1, lequel est antérieur à l'arrêt de la Cour *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, ne devrait pas seulement permettre au Tribunal de réexaminer ses décisions afin de pouvoir corriger les erreurs touchant « véritablement » à la compétence, au sens que l'arrêt *Dunsmuir* donne à ce terme. Elle devrait plutôt être interprétée à la lumière du pouvoir de common law de rouvrir une décision,

unreasonable. As a practical matter, limiting the Tribunal's scope to reconsider its own decisions for patent unreasonableness would mean more court proceedings, contrary to the purpose of the *Act* and to the principles of administrative law generally.

[23] On the issue of causation, Chiasson J.A., joined by Frankel J.A., held that, while there was "some evidence" to support the Tribunal's finding of causation (specifically, the "statistical anomaly" of elevated breast cancer rates among laboratory workers), "something more" was required (paras. 198-99). The Tribunal's finding of causation was, therefore, patently unreasonable.

[24] Goepel J.A., writing separately, agreed that the chambers judge did not err in setting aside the original decision as patently unreasonable. Resolving issues of causation in this case required expert "medical" and "scientific" evidence (para. 209). Lacking such expertise, the Tribunal cannot disregard uncontradicted expert evidence in order to substitute its own opinion. In the absence of "positive evidence linking the disease to employment" (para. 211), and in the face of expert evidence to the contrary, the Tribunal's decision was patently unreasonable.

[25] Newbury J.A., again joined by Bennett J.A., observed that the standard of review of "patent unreasonableness" denotes the highest level of deference, permitting curial interference only where there is "*no* evidence" to support the Tribunal's findings or where its decision was "openly, clearly, or evidently unreasonable" (para. 70 (emphasis in original)). Here, the experts did not rule out a causal connection between laboratory conditions and the workers' cancers. While the experts

qui, selon la juge Newbury, s'entend notamment du pouvoir d'un tribunal de déterminer si une décision initiale était manifestement déraisonnable. D'un point de vue pratique, le fait de restreindre le pouvoir du Tribunal de réexaminer ses propres décisions afin de déterminer si elles sont manifestement déraisonnables entraînerait davantage de procédures judiciaires et contreviendrait à l'objet de la *Loi* et aux principes de droit administratif en général.

[23] En ce qui concerne la question du lien de causalité, le juge Chiasson, avec l'appui du juge Frankel, a estimé que, malgré la présence de [TRADUCTION] « certains éléments de preuve » permettant au Tribunal de conclure à l'existence d'un lien de causalité (plus précisément, l'« anomalie statistique » relative au taux élevé de cancer du sein parmi le personnel du laboratoire), une telle conclusion exigeait « plus d'éléments de preuve » (par. 198 et 199). La conclusion du Tribunal relative au lien de causalité était par conséquent manifestement déraisonnable.

[24] Dans des motifs distincts, le juge Goepel a convenu que le juge en cabinet avait eu raison d'annuler la décision initiale puisqu'elle était manifestement déraisonnable. Pour trancher les questions relatives au lien de causalité soulevées dans la présente affaire, il fallait disposer d'une preuve d'expert d'ordre [TRADUCTION] « médical » et « scientifique » (par. 209). Faute d'une telle expertise, le Tribunal ne peut faire fi d'une preuve d'expert non contredite et y substituer sa propre opinion. En l'absence d'une « preuve positive établissant un lien entre la maladie et l'emploi » (par. 211), et en présence d'une preuve d'expert à l'effet contraire, la décision du Tribunal était manifestement déraisonnable.

[25] La juge Newbury, toujours avec l'appui de la juge Bennett, a fait remarquer que la norme de contrôle de la décision « manifestement déraisonnable » commande le degré de retenue le plus élevé et permet aux tribunaux d'intervenir uniquement si [TRADUCTION] « *aucun* élément de preuve » n'étayait les conclusions du Tribunal ou si sa décision était « ostensiblement et manifestement erronée » (par. 70 (en italique dans l'original)). En l'espèce, les experts n'ont pas écarté l'existence d'un lien

acknowledged that present chemical exposures were minimal, past exposures had likely been much higher and included at least one known human carcinogen. The Tribunal's conclusion that the likelihood of a statistical anomaly did not exceed the likelihood that breast cancers in these cases were occupational diseases was reached appropriately, after a careful review of all the evidence. Viewed through the scheme and underlying objectives of the workers' compensation system, which requires the Tribunal to resolve issues in favour of a worker where the evidence supporting different findings on an issue is evenly weighted, the Tribunal's original decision was not patently unreasonable and should not have been upset by the chambers judge.

III. Analysis

A. *The Tribunal's Jurisdiction to Reconsider Its Own Decision*

[26] Fraser Health, having sought reconsideration by the Tribunal, now takes the position that the majority at the Court of Appeal correctly characterized the reconsideration decision as a nullity. The Tribunal's power to reconsider a decision under s. 253.1(5) of the *Workers Compensation Act* "to cure a jurisdictional defect" is, it says, limited to the common law power to reopen as stated by the Court in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 861: ". . . [a final] decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances".

[27] Conversely, the Tribunal submits that s. 253.1(5)'s language of "cur[ing] a jurisdictional defect" is sufficiently broad to permit reconsideration for patent unreasonableness. In the Tribunal's view, when it undertakes to reconsider its own decision, it effectively operates as a court on judicial review by applying the standard of review of patent

causal entre les conditions de travail au laboratoire et le cancer des employées. Si les experts ont reconnu que l'exposition actuelle à des substances chimiques était minime, l'exposition antérieure était probablement beaucoup plus élevée et comprenait au moins un agent cancérigène pour les humains. Après un examen minutieux de la preuve, le Tribunal pouvait à juste titre conclure que la probabilité d'une anomalie statistique ne l'emportait pas sur la probabilité que les cas de cancer du sein en cause constituent une maladie professionnelle. Compte tenu de l'esprit et des objets du régime d'indemnisation des travailleurs, qui exige que le Tribunal statue en faveur du travailleur lorsque les éléments de preuve étayant des conclusions différentes sur une question sont de valeur probante égale, la décision initiale du Tribunal n'était pas manifestement déraisonnable et le juge en cabinet n'aurait pas dû la modifier.

III. Analyse

A. *Compétence du Tribunal pour réexaminer sa propre décision*

[26] Fraser Health, qui a demandé au Tribunal de réexaminer sa décision, fait maintenant valoir que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont à juste titre qualifié de décision nulle la décision sur la demande de réexamen. Selon elle, le pouvoir du Tribunal de revenir sur une décision au titre du par. 253.1(5) de la *Workers Compensation Act* [TRADUCTION] « pour remédier un vice juridictionnel » se limite au pouvoir de common law de rouvrir une décision, comme l'a souligné la Cour dans *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, p. 861, où elle dit que le tribunal « ne peut revenir sur sa décision [finale] simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé ».

[27] À l'encontre, le Tribunal soutient que l'énoncé [TRADUCTION] « remédier un vice juridictionnel », au par. 253.1(5), a une portée suffisamment large pour permettre le réexamen d'une décision manifestement déraisonnable. Le Tribunal estime que, lorsqu'il procède au réexamen de sa propre décision, il agit effectivement comme une

unreasonableness stated in s. 58(2)(a) of the *Administrative Tribunals Act*.

[28] In light of the position taken by Fraser Health — that it should not have been able to obtain reconsideration of the Tribunal's original decision and that the reconsideration decision is a nullity — I see no basis for interfering with the decision of the Court of Appeal on this issue.

B. *Causation*

(1) Standard of Review

[29] As already noted, and as the parties agree, the applicable standard of review requires curial deference, absent a finding of fact or law that is patently unreasonable (*Administrative Tribunals Act*, s. 58(2)(a)).

[30] The Tribunal's conclusion that the workers' breast cancers were occupational diseases caused by the nature of their employment was a finding on a question of fact (*Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98, at para. 29). That finding is therefore entitled to deference unless Fraser Health demonstrates that it is patently unreasonable — that is, that "the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact" (*Toronto (City) Board of Education*, at para. 45). Because a court must defer where there is evidence *capable of supporting* (as opposed to *conclusively demonstrating*) a finding of fact, patent unreasonableness is not established where the reviewing court considers the evidence merely to be insufficient (*Speckling v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86, at para. 37). Simply put, this standard precludes curial re-weighing of evidence, or rejecting the inferences drawn by the fact-finder from that evidence, or substituting the reviewing court's preferred inferences for those drawn by the fact-finder.

cour saisie d'un contrôle judiciaire, en appliquant la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable énoncée à l'al. 58(2)(a) de l'*Administrative Tribunals Act*.

[28] Étant donné que Fraser Health prétend qu'elle n'aurait pas dû obtenir le réexamen de la décision initiale du Tribunal et que la décision sur la demande de réexamen est nulle, je ne vois aucune raison de modifier la décision de la Cour d'appel sur cette question.

B. *Causalité*

(1) Norme de contrôle

[29] Tel qu'indiqué précédemment et comme les parties l'ont reconnu, la norme de contrôle applicable commande la retenue, en l'absence d'une conclusion de fait ou de droit manifestement déraisonnable (al. 58(2)(a) de l'*Administrative Tribunals Act*).

[30] En concluant que le cancer du sein dont étaient atteintes les employées constituait une maladie professionnelle causée par la nature de leur emploi, le Tribunal a tiré une conclusion de fait (*Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98, par. 29). Cette conclusion commande donc la retenue, sauf si Fraser Health démontre son caractère manifestement déraisonnable, à savoir que « les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal » (*Conseil de l'éducation de Toronto (Cité)*, par. 45). Étant donné que la cour doit faire preuve de retenue lorsque les éléments de preuve *peuvent étayer* (par opposition à *démontrer de façon concluante*) une conclusion de fait, le caractère manifestement déraisonnable n'est pas établi lorsque la cour de révision estime simplement que la preuve est insuffisante (*Speckling c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86, par. 37). En d'autres termes, selon cette norme de contrôle, la cour de révision doit s'abstenir d'apprécier de nouveau la preuve, de rejeter les conclusions que le juge des faits en avait tirées ou de substituer ses propres conclusions à celles du juge des faits.

(2) The Tribunal's Finding on Causation

[31] Understandably, the workers stress s. 250(4) of the *Workers Compensation Act* which signifies that, where the evidence is evenly weighted on causation, that issue must be resolved in their favour. We agree that this represents an important distinction from civil tort claims, where causation must always be established on a balance of probabilities (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 49; *Ediger*, at para. 28; *Kovach, Re* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98 (C.A.), at para. 30 (per Donald J.A., dissenting), rev'd 2000 SCC 3, [2000] 1 S.C.R. 55). This less stringent burden of proof, like the *RSCM II*'s direction that the workplace need only be of "causative significance" or "more than a trivial or insignificant aspect" in the development of a worker's illness, furthers at least one of the core policy goals of workers' compensation schemes identified by the Court in *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 27, citing *Medwid v. Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 578 (H.C.), at p. 586, being to have "compensation to injured workers provided quickly without court proceedings". Section 250(4) therefore reflects the legislature's intention that workers should obtain compensation for occupational diseases without having to satisfy the requirements of a civil tort claim.

[32] Section 250(4)'s standard of proof contrasts sharply with the "scientific" standards employed by the authors of the OHSAH reports. Their inability "to reach scientific conclusions" (Final Report, at p. iii) to support the causal association between workplace conditions and the workers' breast cancers, or to "find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer" (p. iv), spoke *not* to the burden imposed upon the workers by s. 250(4), nor even to the burden imposed upon plaintiffs in a civil tort claim (*Ediger*, at para. 36;

(2) La conclusion du Tribunal relative au lien de causalité

[31] Naturellement, les employées invoquent le par. 250(4) de la *Workers Compensation Act*, selon lequel, lorsque les éléments de preuve ont une valeur probante égale quant au lien de causalité, la question doit être tranchée en leur faveur. Nous convenons qu'il s'agit là d'une distinction importante par rapport aux actions en responsabilité civile délictuelle, où le lien de causalité doit toujours être établi selon la prépondérance des probabilités (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 49; *Ediger*, par. 28; *Kovach, Re* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98 (C.A.), par. 30 (le juge Donald, dissident), inf. par 2000 CSC 3, [2000] 1 R.C.S. 55). Ce fardeau de preuve moins rigoureux, tout comme la directive du *RSCM II*, selon laquelle il suffit que le lieu de travail ait un effet [TRADUCTION] « causal significatif » ou joue un rôle « plus qu'anodin ou insignifiant » dans l'évolution de la maladie dont est atteint le travailleur, favorise au moins l'un des principaux objectifs généraux des régimes d'indemnisation des travailleurs reconnus par la Cour dans *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 27, citant *Medwid c. Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 578 (H.C.), p. 586, consistant en [TRADUCTION] « l'indemnisation rapide des travailleurs blessés, sans poursuites judiciaires ». Le paragraphe 250(4) reflète donc l'intention du législateur de faire en sorte que les employés victimes de maladies professionnelles soient indemnisés sans qu'ils aient à satisfaire aux exigences des actions en responsabilité civile délictuelle.

[32] La norme de preuve prévue au par. 250(4) contraste nettement avec les normes d'ordre « scientifique » appliquées par les auteurs des rapports de l'OHSAH. L'impossibilité pour ces derniers [TRADUCTION] « de tirer des conclusions scientifiques » (rapport final, p. iii) étayant le lien de causalité entre les conditions présentes au lieu de travail et le cancer du sein dont étaient atteintes les employées, ou de trouver une « preuve scientifique permettant de conclure à la plausibilité d'une hypothèse concernant l'étiologie du cancer du sein liée au travail en laboratoire » (p. iv), *n'avait pas* trait au fardeau que

Clements v. Clements, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 9; *Snell*, at pp. 328-30), but to a standard of scientific certainty. The majority of the Tribunal considered that the OHSAH reports thus imposed a too stringent standard of proof. I agree. This standard is wholly inapplicable to determining causation in the workers' claims (R. W. Wright, "Proving Causation: Probability versus Belief", in R. Goldberg, ed., *Perspectives On Causation* (2011), 195; S. Haack, *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law* (2014), at p. 22). In my respectful view, therefore, in relying upon the inconclusive quality of the OHSAH reports' findings as determinative of whether a causal link was established between the workers' breast cancers and their employment, the chambers judge and the majority of the Court of Appeal erred in law.

[33] All that said, the central problem in the handling of causation in the courts below arose not in their failure to have appropriate regard to the less stringent standard of proof required by s. 250(4), but from their fundamental misapprehension of how causation — irrespective of the standard of proof — may be inferred from evidence.

[34] As I have recounted, the evidence before the Tribunal on causation comprised, principally, the OHSAH reports (supported by the reports of Dr. Beach and Dr. Yamanaka), which (1) confirmed a "statistically significant cluster" of breast cancer, with a standard incidence ratio approximately eight times the rate of breast cancer in the general population; and (2) noted that past occupational chemical exposures were likely "much higher" than current exposures, and included one known carcinogen; but also (3) reported that they were unable "to reach scientific conclusions to support the association between work-related exposures and breast cancer in this cluster" (Final Report, at p. iii). Consequently, the OHSAH reports would only speculate that the increased incidence of breast cancer

le par. 250(4) imposait aux employées, ni même au fardeau imposé aux demandeurs dans les actions en responsabilité civile délictuelle (*Ediger*, par. 36; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 9; *Snell*, p. 328-330), mais à une norme de certitude scientifique. Les membres majoritaires du Tribunal ont estimé que les rapports de l'OHSAH imposaient donc une norme de preuve trop stricte. Je suis d'accord. Cette norme n'est nullement applicable à l'analyse de la causalité que commandent les demandes des employées (R. W. Wright, « Proving Causation : Probability versus Belief », dans R. Goldberg, dir., *Perspectives On Causation* (2011), 195; S. Haack, *Evidence Matters : Science, Proof, and Truth in the Law* (2014), p. 22). J'estime donc qu'en se fondant sur les conclusions incertaines des rapports de l'OHSAH pour se prononcer quant à l'existence de la preuve d'un lien de causalité entre le cancer des employées et leur emploi, le juge en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur de droit.

[33] Cela dit, le problème fondamental que pose l'approche adoptée par les cours d'instance inférieure en matière de causalité ne tient pas à leur défaut de tenir compte comme il se doit de la norme de preuve moins rigoureuse exigée par le par. 250(4), mais à leur erreur fondamentale d'appréciation quant à la façon dont la preuve — quelle que soit la norme applicable — permet d'inférer la causalité.

[34] Rappelons que la preuve relative au lien de causalité dont disposait le Tribunal comprenait pour l'essentiel les rapports de l'OHSAH (corroborés par les rapports des D[rs] Beach et Yamanaka), qui (1) confirmaient l'existence d'un [TRADUCTION] « groupe de cas statistiquement significatif » de cancer du sein, dont le taux d'incidence normalisé était d'environ huit fois supérieur au taux du cancer du sein dans la population en général; et (2) indiquaient que l'exposition antérieure à des substances chimiques, notamment à un agent cancérigène connu, avait vraisemblablement été « beaucoup plus élevée » que l'exposition actuelle; mais qui (3) faisaient aussi état de l'impossibilité « de tirer des conclusions scientifiques étayant le lien entre l'exposition en milieu de travail et le cancer

among the laboratory workers may have been due to non-occupational risk factors, to occupational risk factors such as chemical carcinogens or ionizing radiation, or to a statistical anomaly.

[35] The Tribunal, in lengthy and comprehensive reasons explaining why it found "causative significance" in the evidence of past carcinogenic exposure and in the statistically significant cluster of breast cancer cases, gave careful consideration to the OHSAH reports. It correctly noted that the OHSAH reports "did not exclude the possibility of occupational causation", and that the Tribunal did not have before it "much detailed evidence as to historical exposures" (J.R., vol. 1, at p. 47). And, it acknowledged that "it is possible that the breast cancer cluster is a statistical anomaly", and that "this matter is not without some uncertainty" (p. 48). The Tribunal chose, however, to "attach weight" to the reports' observations that past exposures were "likely much higher" (p. 47), leading it to find that the likelihood of a statistical anomaly did not exceed the likelihood that the workers' breast cancers were an occupational disease caused by the nature of their employment. As it explained:

Perhaps the most compelling evidence for us involves the fact that the workers with breast cancer were exposed to carcinogens and there is a very elevated statistically significant [standardized incidence ratio] for breast cancer. Our decision does not simply rest on the occurrence of a very elevated statistically significant [standardized incidence ratio] for breast cancer.

That [standardized incidence ratio] occurs against the backdrop of the particular standard of proof employed by us, the workers' exposure to carcinogens, and the

du sein dans ce groupe » (rapport final, p. iii). En conséquence, les rapports de l'OHSAH ne faisaient qu'avancer l'hypothèse selon laquelle l'incidence accrue du cancer du sein parmi les employées du laboratoire pourrait être attribuable à des facteurs de risque autres que professionnels, à des facteurs de risque professionnels comme l'exposition à des substances chimiques ou aux radiations ionisantes, ou à une anomalie statistique.

[35] Dans des motifs longs et détaillés expliquant pourquoi il concluait à l'existence d'un « lien causal significatif » entre la preuve de l'exposition antérieure à des substances cancérigènes et le groupe statistiquement significatif de cas de cancer du sein, le Tribunal a examiné avec soin les rapports de l'OHSAH. Il a fait observer à juste titre que ces rapports [TRADUCTION] « n'excluaient pas la possibilité d'un lien de causalité avec le lieu de travail », et qu'il ne disposait pas de « suffisamment d'éléments de preuve quant à l'exposition antérieure à des substances cancérigènes » (d.c., vol. 1, p. 47). En outre, le Tribunal a reconnu « qu'il est possible que le groupe de cas de cancer du sein constitue une anomalie statistique », « ce qui n'était pas sans soulever quelque incertitude » (p. 48). Le Tribunal a choisi cependant d'« accorder de l'importance » aux observations formulées dans les rapports suivant lesquelles l'exposition antérieure était « vraisemblablement beaucoup plus élevée » (p. 47), ce qui lui a permis de conclure que la probabilité d'une anomalie statistique ne l'emportait pas sur la probabilité que le cancer du sein dont étaient atteintes les employées constitue une maladie professionnelle causée par la nature de leur emploi. Comme l'explique le Tribunal :

[TRADUCTION] À notre avis, la preuve la plus convaincante tient peut-être au fait que les employées atteintes d'un cancer du sein ont été exposées à des substances cancérigènes et que le [taux d'incidence normalisé] statistiquement significatif est très élevé pour le cancer du sein. Notre décision ne repose pas simplement sur le [taux d'incidence normalisé] statistiquement significatif très élevé à l'égard du cancer du sein.

Ce [taux d'incidence normalisé] est pris en compte au regard de la norme de preuve particulière que nous avons appliquée, de l'exposition des employées à des

comments of [the Final Report] to the effect that all cancer causing agents have the potential to initiate and promote cancer, little is known about the possible synergistic, additive or antagonistic effects of multiple chemical exposures, and past exposures were likely much higher. [J.R., vol. 1, at p. 48]

substances cancérigènes, ainsi que des commentaires formulés [dans le rapport final] selon lesquels tous les agents cancérigènes peuvent contribuer à l'apparition et au développement d'un cancer, que les possibles effets synergiques, cumulatifs ou antagonistes des cas multiples d'exposition à des substances chimiques sont peu connus, et que dans le passé, l'exposition à de telles substances était vraisemblablement beaucoup plus fréquente. [d.c., vol. 1, p. 48]

[36] The chambers judge, seeing "no evidence that workplace factors caused [the workers'] cancers" (para. 44), viewed the Tribunal as having impermissibly "ignore[d] the expert evidence in favour of its own expertise or common sense" (para. 34). Similarly, at the Court of Appeal, having found there to be no "positive evidence linking the disease to employment" (para. 211), Goepel J.A. (for the majority on this point) agreed that "[t]he issue for determination is one that required expert scientific evidence" (para. 209), which expertise the Tribunal could not be presumed to have.

[36] Estimant qu'[TRADUCTION] « aucun élément de preuve n'indiquait que des facteurs relatifs au lieu de travail avaient causé le cancer [dont les employées étaient atteintes] » (par. 44), le juge en cabinet a conclu que le Tribunal avait, de manière inacceptable, « écart[é] la preuve d'expert et s'était fié à sa propre expertise ou au bon sens » (par. 34). De même, ayant conclu à l'absence d'une [TRADUCTION] « preuve positive établissant un lien entre la maladie et l'emploi » (par. 211), le juge Goepel de la Cour d'appel (s'exprimant au nom de la majorité sur ce point) a convenu que « [l]a question à trancher exigeait une preuve d'expert scientifique » (par. 209), et l'on ne saurait présumer que le Tribunal disposait d'une telle expertise.

[37] With respect, the issue that the Tribunal decided was precisely the sort of issue that the legislature intended that it should decide. Section 254 of the *Act* provides that, on appeals from decisions of the Board, the *Tribunal* has *exclusive* jurisdiction to determine *all* questions of fact. While, in doing so, the Tribunal may choose to draw from the expert evidence put before it (as it drew here from expert evidence of historical exposures and of a statistically significant cluster of breast cancer cases among laboratory workers), the decision remains the Tribunal's to make.

[37] En toute déférence, la question que le Tribunal a tranchée était exactement une question du type de celles que le législateur entendait qu'il tranche. L'article 254 de la *Loi* prévoit que, dans les appels interjetés à l'encontre des décisions de la Commission, le *Tribunal* jouit d'une compétence *exclusive* pour statuer sur *toutes* les questions de fait. Il est vrai que, ce faisant, le Tribunal peut choisir de s'appuyer sur la preuve d'expert qui lui est présentée (comme il s'est appuyé en l'espèce sur la preuve d'expert concernant l'historique de l'exposition à des substances chimiques et le groupe statistiquement significatif de cas de cancer du sein parmi le personnel du laboratoire), mais il reste que la décision lui appartient.

[38] The presence or absence of opinion evidence from an expert positing (or refuting) a causal link is not, therefore, determinative of causation (e.g. *Snell*, at pp. 330 and 335). It is open to a trier of fact to consider, as this Tribunal considered, other evidence in determining whether it supported an inference that the workers' breast cancers were caused

[38] En conséquence, la présence ou l'absence de témoignage d'opinion d'un expert qui confirme (ou réfute) l'existence d'un lien de causalité n'est pas un critère déterminant en matière de causalité (par exemple *Snell*, p. 330 et 335). Le juge des faits peut tenir compte d'autres éléments de preuve, tout comme l'a fait le Tribunal, pour déterminer

by their employment. This goes to the chambers judge's reliance upon the Court of Appeal's decisions in *Sam* and *Moore* and to Goepel J.A.'s statement that there must be "positive evidence" linking their breast cancers to workplace conditions. Howsoever "positive evidence" was intended to be understood in those decisions, it should not obscure the fact that causation can be inferred — even in the face of inconclusive or contrary expert evidence — from other evidence, including merely circumstantial evidence. This does not mean that evidence of relevant historical exposures followed by a statistically significant cluster of cases will, on its own, always suffice to support a finding that a worker's breast cancer was caused by an occupational disease. It does mean, however, that it may suffice. Whether or not it does so depends on how the trier of fact, in the exercise of his or her own judgment, chooses to weigh the evidence. And, I reiterate: Subject to the applicable standard of review, that task of weighing evidence rests with the trier of fact — in this case, with the Tribunal.

[39] In light of the foregoing, the Tribunal's original decision cannot be said to have been "patently unreasonable". While the record on which that decision was based did not include confirmatory expert evidence, the Tribunal nonetheless relied upon other evidence which, viewed reasonably, was capable of supporting its finding of a causal link between the workers' breast cancers and workplace conditions.

IV. Conclusion

[40] I would allow the Workers' Appeal, with costs to Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane in this Court and in the courts below as against Fraser Health Authority. The Tribunal's

s'ils permettent de conclure que, en l'espèce, le cancer du sein dont étaient atteintes les employées était causé par leur emploi. C'est ce qui explique l'importance que le juge en cabinet a attachée aux décisions de la Cour d'appel dans *Sam* et *Moore*, et la déclaration du juge Goepel selon qui il faut établir par une [TRADUCTION] « preuve positive » un lien entre le cancer du sein des appelantes et leurs conditions de travail. Quelle que soit la façon dont il fallait envisager la « preuve positive » dans ces décisions, il ne faut pas oublier qu'il est possible d'inférer la causalité — même en présence d'une preuve d'expert non concluante ou contraire — à partir d'autres éléments de preuve, y compris d'une preuve simplement circonstancielle. Cela ne veut pas dire pour autant que la preuve d'un historique pertinent de l'exposition à des substances cancérigènes et d'un groupe de cas de cancer statistiquement significatif permettra toujours, à elle seule, de conclure que le cancer du sein dont est atteinte une employée est une maladie professionnelle. Cela signifie toutefois que cette preuve peut s'avérer suffisante. Tout dépend de la façon dont le juge des faits choisit, en exerçant son propre jugement, d'évaluer la preuve. Et je le répète, sous réserve de la norme de contrôle applicable, l'évaluation de la preuve incombe au juge des faits — en l'occurrence au Tribunal.

[39] Compte tenu de ce qui précède, on ne saurait dire que la décision initiale du Tribunal était « manifestement déraisonnable ». Bien que le dossier sur lequel reposait la décision ne contienne aucune preuve d'expert confirmative, le Tribunal s'est néanmoins fondé sur d'autres éléments de preuve qui, perçus de façon raisonnable, pouvaient étayer sa conclusion quant à l'existence d'un lien causal entre le cancer du sein des employées et leurs conditions de travail.

IV. Conclusion

[40] Je suis d'avis d'accueillir l'appel des employées, avec dépens devant cette Cour et devant les cours d'instance inférieure payables par Fraser Health Authority en faveur de Katrina Hammer,

original decisions are restored. I would dismiss the WCAT Appeal, without costs.

The following are the reasons delivered by

[41] CÔTÉ J. (dissenting in part) — I part ways with my colleague Justice Brown with respect to the appeal by Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane (the "Workers' Appeal") because, in my view, the original decision of the Workers' Compensation Appeal Tribunal is patently unreasonable. On my reading, there is no evidence — and certainly no positive evidence — capable of supporting a causal link between the workers' employment and the development of their respective diseases. The three expert reports before the Tribunal only established the existence of a cluster of diagnosed cases of breast cancer, and nothing more. In my view, the Tribunal relied on what it called "ordinary common sense" to speculate about a possible causal link, while openly disregarding the medical experts' consensus view. As such, the Tribunal's decision is "openly, evidently, clearly" wrong and ought to be set aside: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 57.

[42] Regarding the appeal by the Tribunal (the "WCAT Appeal"), raising the issue of the nullity of the Tribunal's reconsideration decision, I agree with my colleague Brown J. that it should be dismissed. The conclusion of the majority of the British Columbia Court of Appeal should not be disturbed.

A. *Background*

[43] The issue before the Tribunal was whether each of the three workers' breast cancer was "due to" her employment as a laboratory technician at the Mission Memorial Hospital, a causal link required

Patricia Schmidt et Anne MacFarlane. Les décisions initiales du Tribunal sont rétablies. Je suis d'avis de rejeter l'appel du Tribunal, sans dépens.

Version française des motifs rendus par

[41] LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) — Je diverge d'opinion avec mon collègue le juge Brown en ce qui concerne l'appel interjeté par Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane (l'« appel des employées ») car selon moi, la décision initiale du Workers' Compensation Appeal Tribunal (« Tribunal ») est manifestement déraisonnable. Selon mon analyse, il n'existe dans ce dossier aucun élément de preuve — et certainement aucun élément de preuve positive — susceptible d'étayer l'existence d'un lien de causalité entre l'emploi des employées et le développement de leur maladie respective. Les trois rapports d'experts soumis au Tribunal établissaient seulement l'existence d'un groupe de cas de cancer du sein diagnostiqués, et rien de plus. À mon avis, le Tribunal s'est fondé sur ce qu'il a appelé [TRADUCTION] « le simple bon sens » pour spéculer quant à un possible lien de causalité tout en écartant carrément l'opinion unanime d'experts médicaux. Ainsi, « on ne peut contester [et il] est tout à fait évident » que la décision du Tribunal est erronée et doit être annulée : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 57.

[42] En ce qui a trait à l'appel du Tribunal, lequel soulève la question de la nullité de la décision rendue par le Tribunal saisi de la demande de réexamen, je suis d'accord avec mon collègue le juge Brown pour dire qu'il doit être rejeté. À cet égard, il n'y a pas lieu de modifier la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

A. *Contexte*

[43] La question dont le Tribunal était saisi était de savoir si le cancer du sein dont chacune des trois employées était atteinte était [TRADUCTION] « attribuable à » leur emploi de technicienne au laboratoire

by s. 6(1)(b) of the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 ("*WCA*").

[44] While Schedule B of the *WCA* lists a number of occupational diseases which are deemed to be "due to the nature of [the] employment" in the context of specific processes or industries, breast cancer is not listed among them. As a result, a causal link must be established on the basis of the evidence before the Tribunal.

[45] A policy of the Workers' Compensation Board, the *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II ("*RSCM II*") (online), specifies that in order for the disease to be "due to" the nature of the employment, the employment "has to be of causative significance, which means more than a trivial or insignificant aspect of the injury or death": c. 3, policy item #14.00 (emphasis added).

[46] The Board's policy goes further, however, and requires that there be sufficient *positive* evidence to ground a finding of causative significance. The *RSCM II* states that "[i]f the Board has no or insufficient positive evidence before it that tends to establish that the disease is due to the nature of the worker's employment, the Board's only possible decision is to deny the claim": c. 4, policy item #26.22 (emphasis added). As my colleague Brown J. has observed, policies of the Board must be applied by the Tribunal in making its decisions: s. 250(2) of the *WCA*. The Tribunal also recognized this requirement: WCAT-2010-03503 (the "Original Decision"), at paras. 46-47.

[47] In this case, the workers' claims were initially denied by the Board. A review officer with the Board's Review Division confirmed these decisions, finding that there was insufficient evidence to conclude that each worker's years of employment as a laboratory technician had played a significant role in causing breast cancer. On appeal, a two-member majority of the Tribunal concluded that there was

du Mission Memorial Hospital, un lien de causalité exigé par l'al. 6(1)(b) de la *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 (« *WCA* »).

[44] Bien que l'annexe B de la *WCA* énumère plusieurs maladies professionnelles réputées être [TRADUCTION] « attribuable[s] à la nature de l'emploi » dans le contexte de certains processus ou secteurs d'activité, le cancer du sein ne figure pas dans la liste. La preuve soumise au Tribunal doit donc établir l'existence d'un lien de causalité entre l'emploi et la maladie.

[45] Une directive d'un guide du Workers' Compensation Board (la « Commission ») intitulé *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II (« *RSCM II* ») (en ligne), précise que, pour qu'une maladie soit [TRADUCTION] « attribuable à » la nature de l'emploi, celui-ci doit « avoir un lien causal significatif, c'est-à-dire qu'il doit avoir joué un rôle plus qu'anodin ou insignifiant dans la blessure ou le décès » : c. 3, art. 14.00 (je souligne).

[46] La directive de la Commission va toutefois plus loin et exige qu'il existe une preuve *positive* suffisante pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un lien causal significatif. Selon le *RSCM II*, [TRADUCTION] « [s]i la Commission ne dispose pas d'éléments de preuve positive tendant à démontrer que la maladie est attribuable à la nature de l'emploi du travailleur, ou si ces éléments de preuve sont insuffisants, la seule décision que peut rendre la Commission est le rejet de la demande » : c. 4, art. 26.22 (je souligne). Comme mon collègue le juge Brown le fait observer, le Tribunal est tenu d'appliquer les directives de la Commission lorsqu'il rend ses décisions : par. 250(2) de la *WCA*. Le Tribunal a également reconnu cette exigence : WCAT-2010-03503 (la « décision initiale »), par. 46-47.

[47] Dans le cas qui nous occupe, la Commission a d'abord rejeté les demandes soumises par les employées. Un agent de révision de la division des révisions de la Commission a confirmé ces décisions, étant d'avis que la preuve ne permettait pas de conclure que la période pendant laquelle chaque employée avait travaillé comme technicienne de laboratoire avait joué un rôle important dans le

sufficient positive evidence to establish that the workers' breast cancer was due to their employment, but a dissenting member disagreed, finding that the expert reports had provided insufficient positive evidence of a causal link. That dissenting member's conclusion was later vindicated, as the British Columbia Supreme Court set the Tribunal's decision aside, an order which was upheld by a majority of the British Columbia Court of Appeal.

développement du cancer du sein. En appel, une majorité constituée de deux membres du Tribunal a conclu que la preuve positive était suffisante pour établir que le cancer du sein des employées était attribuable à leur emploi, mais la membre dissidente du Tribunal a exprimé une opinion différente et a conclu que les rapports d'experts n'avaient pas fourni de preuve positive suffisante quant à l'existence d'un lien de causalité. La conclusion de la membre dissidente a par la suite été confirmée, puisque la Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé la décision du Tribunal et que les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont confirmé cette ordonnance.

[48] It is common ground that a reviewing court can only interfere with the Tribunal's decision if it is patently unreasonable: s. 58 of the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45; s. 255(1) of the *WCA*. On the authority of jurisprudence pre-dating *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, a decision is patently unreasonable if it is "openly, evidently, clearly" wrong: *Southam*, at para. 57. More specifically, findings of fact will be "patently unreasonable" where they are either based on "no evidence" or where "the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting" the finding of fact in question: *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at paras. 44-45; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669.

[48] Nul ne conteste qu'une juridiction de révision ne peut modifier la décision du Tribunal que si cette décision est manifestement déraisonnable : art. 58 de l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45; par. 255(1) de la *WCA*. Selon la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, une décision est manifestement déraisonnable si « on ne peut contester [et qu']il est tout à fait évident » qu'elle est erronée : *Southam*, par. 57. Plus précisément, une conclusion de fait sera « manifestement déraisonnable » si elle ne repose sur « aucune preuve » ou lorsque « les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer » la conclusion de fait en question : *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 44-45; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, p. 669.

[49] Neither the British Columbia Supreme Court nor the majority of the Court of Appeal sought to reweigh the evidence before the Tribunal. The lower courts did not, in other words, depart from this highly deferential standard of review. Rather, Chiasson, Frankel and Goepel JJ.A. of the Court of Appeal and Savage J. of the Supreme Court were of the view that there was no evidence before the Tribunal capable of supporting an inference of causative significance. I agree. Even on this highly

[49] Ni la Cour suprême de la Colombie-Britannique ni les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont soupesé de nouveau la preuve soumise au Tribunal. En d'autres termes, les juridictions inférieures ne se sont pas écartées de la norme de contrôle requérant un degré élevé de retenue judiciaire. Les juges Chiasson, Frankel et Goepel de la Cour d'appel et le juge Savage de la Cour suprême se sont plutôt dits d'avis que le Tribunal ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant de

deferential standard of review, the Tribunal's decision should be set aside.

B. *The Expert Reports Before the Tribunal*

[50] All three of the expert reports before the Tribunal were unequivocal. In the experts' collective view, expressed in clear, unambiguous language, the available evidence could not establish any causal relationship between the workers' employment as laboratory technicians and the development of their breast cancer.

[51] Speaking of one of the workers, Ms. Katrina Hammer, the Board's medical advisor Dr. Yamanaka concluded that "there is insufficient medical evidence to support that the work environment caused or significantly contributed to the development of Ms. Hammer's breast carcinoma left side": J.R., vol. 4, at p. 226. That conclusion was stated more forcefully in the final version of a report titled *Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, prepared by seven authors for the Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in British Columbia (the "OHSAH Final Report") (online). The authors noted that they "did not find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer": p. iv (emphasis added). Finally, Dr. Beach, an expert in occupational medicine who was tasked with reviewing the OHSAH Final Report, largely supported its findings.

[52] The importance of these unanimous expert opinions cannot be overstated. Experts are responsible for providing decision-makers with precisely those inferences that decision-makers — due to the technical nature of the issues — are unable to formulate themselves: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d)

conclure à l'existence d'un lien causal significatif. Je suis du même avis. Même en appliquant cette norme de contrôle requérant un degré de retenue élevé, la décision du Tribunal devrait être annulée.

B. *Les rapports d'experts soumis au Tribunal*

[50] Les trois rapports d'experts soumis au Tribunal étaient catégoriques. Les experts ont exprimé un avis unanime, en des termes clairs et non ambigus, selon lequel la preuve présentée ne permettait pas d'établir l'existence d'un lien de causalité entre le travail de chaque employée en tant que technicienne de laboratoire et le cancer du sein que chacune avait développé.

[51] Au sujet d'une des employées en cause, M^me^ Katrina Hammer, le conseiller médical de la Commission, le docteur Yamanaka, a conclu ce qui suit : [TRADUCTION] « . . . il n'y a pas suffisamment de preuve médicale pour conclure que le milieu de travail a causé le développement du cancer du sein gauche de M^me^ Hammer ou y a contribué de façon significative » (d.c., vol. 4, p. 226). Cette conclusion fût formulée de façon encore plus catégorique dans la version définitive du rapport intitulé *Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, réalisé par un groupe de sept auteurs pour le compte de l'Occupational Health and Safety Agency for Healthcare, l'agence de santé et de sécurité du travail de la Colombie-Britannique (le « rapport final de l'OHSAH ») (en ligne). Les auteurs ont fait observer qu'ils n'avaient [TRADUCTION] « trouvé aucune preuve scientifique permettant de conclure à une hypothèse plausible concernant l'étiologie du cancer du sein qui serait liée au travail en laboratoire » : p. iv (je souligne). Enfin, le docteur Beach, un expert en médecine professionnelle chargé de réviser le rapport final de l'OHSAH, s'est pour l'essentiel rallié aux conclusions du rapport.

[52] On ne saurait trop insister sur l'importance de l'opinion unanime des experts dans le cas qui nous occupe. Le rôle de l'expert est précisément de fournir au décideur une conclusion que ce dernier, en raison de la nature technique de la question à trancher, ne peut formuler : *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624,

330, at para. 71, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v; see also G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3rd ed. 2014), at p. 625.

[53] I would note here that the Tribunal is not presumed to possess medical expertise: *Page v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2009 BCSC 493, at paras. 62-66 (CanLII). As a result, while the Tribunal is not bound by the medical experts' findings, it cannot simply disregard their uncontradicted conclusions. In the absence of any other evidence to the contrary, one may wonder how the Tribunal could find a causal link where the experts, together, could see none.

[54] In the case at bar, the Tribunal's two-member majority was of the view that the experts had sought to establish a causal link on a level of scientific certainty, rather than on the ostensibly lower standard of proof prescribed by s. 250(4) of the *WCA*: Original Decision, at paras. 180-82. If this were true, it would certainly justify the Tribunal's rejection of the experts' common findings. Indeed, the Tribunal's analysis echoes the principle established in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, to the effect that causation need not be determined by scientific precision. This principle applies with even greater force in the context of claims made under the *WCA*.

[55] However, the instant case differs from *Snell*. The authors of the three expert reports did not seek to establish causation on a level of scientific certainty. Rather, they question repeatedly whether certain workplace exposures "could" or "may" have been related to an "increase in risk", "contribute measurably", or have been of "causative significance".

[56] Having undertaken this more limited investigation, the medical experts could not even make out a *plausible* basis for establishing a causal link

97 O.R. (3d) 330, par. 71, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v; voir également G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3e éd. 2014), p. 625.

[53] Je tiens à signaler ici que le Tribunal n'est pas présumé posséder une expertise spécialisée dans le domaine médical : *Page c. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2009 BCSC 493, par. 62-66 (CanLII). Par conséquent, bien qu'il ne soit pas lié par les conclusions des experts médicaux, le Tribunal ne peut simplement écarter leurs conclusions non contredites. En l'absence d'autres éléments de preuve à l'effet contraire, il faut se demander comment le Tribunal a pu conclure à l'existence d'un lien de causalité là où tous les experts n'en ont vu aucun.

[54] Dans le cas qui nous occupe, les deux membres majoritaires du Tribunal ont exprimé l'avis que les experts avaient tenté d'établir l'existence d'un lien de causalité avec un degré de certitude scientifique, plutôt que selon la norme de preuve sensiblement moins exigeante prévue au par. 250(4) de la *WCA* : décision initiale, par. 180-182. Si tel était le cas, le Tribunal aurait certainement eu raison d'écarter les conclusions unanimes des experts. En effet, l'analyse qu'a faite le Tribunal fait écho au principe retenu dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, selon lequel il n'est pas nécessaire que le lien de causalité soit établi avec une précision scientifique. Ce principe s'applique avec encore plus de force dans le contexte de demandes présentées dans le cadre de la *WCA*.

[55] Cependant, les faits de la présente affaire diffèrent de ceux de l'affaire *Snell*. Les auteurs des trois rapports d'experts ne cherchaient pas à établir l'existence d'un lien de causalité avec un degré de certitude scientifique. Au contraire, ils se sont plutôt demandé à plusieurs reprises si certaines expositions en milieu de travail [TRADUCTION] « pourraient » ou « pouvaient » être reliées à une « augmentation des risques », « y contribuer sensiblement » ou avoir eu « un effet causal important ».

[56] Ayant ainsi limité de façon justifiée leur analyse, les experts médicaux n'ont pu démontrer l'existence ne serait-ce que d'une justification *plausible*

between the workers' employment and their respective diseases.

[57] The OHSAH Final Report, which constituted the main piece of medical evidence before the Tribunal, is a good illustration. That report was simply a "preliminary epidemiological study". Its authors were tasked with identifying *any* "exposures that may be associated with excess cases in a workplace": p. 32 (emphasis added). In the event such exposures were identified, the authors would then recommend proceeding to a "full-scale epidemiological study" which could "determine the association between the exposure and [the] increased risk" of developing breast cancer: p. 32. Thus, in their executive summary, the authors of the OHSAH Final Report spoke not of whether certain workplace exposures *caused* the workers' breast cancer *on a level of scientific certainty*, but rather whether exposure to certain chemicals "could be related to the increase in risk": p. iii (emphasis added).

[58] Ultimately, the authors of the OHSAH Final Report did not recommend proceeding to a full-scale epidemiological study, on the basis that they "did not find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer": p. iv (emphasis added). The authors went on to state in their conclusion that "no current occupational chemical exposures, or records of past occupational exposures were found that might relate working in the [Mission Memorial Hospital] laboratory environment to elevated breast cancer risk, or cancer in general": p. 38 (emphasis added).

[59] In short, these are not the words of medical experts seeking "but for" causation on a standard of scientific certainty. Rather, the authors simply found no workplace exposure that could plausibly have increased the risk of developing breast cancer. On my reading of the OHSAH Final Report, even

permettant d'établir l'existence d'un lien de causalité entre le travail des employées et leur maladie respective.

[57] Le rapport final de l'OHSAH, lequel constituait le principal élément de preuve médicale présenté au Tribunal, l'illustre bien. Ce rapport était simplement une [TRADUCTION] « étude épidémiologique préliminaire ». Ses auteurs étaient chargés de relever *toute* « exposition pouvant être associée à une augmentation des cas dans un milieu de travail » : p. 32 (je souligne). S'ils avaient décelé une telle exposition, les auteurs auraient alors recommandé une « étude épidémiologique plus poussée » visant à « déterminer le lien entre l'exposition et le risque accru » de développer un cancer du sein : p. 32. Ainsi, dans le résumé du rapport final de l'OHSAH, les auteurs n'ont pas abordé la question de savoir si l'exposition à certaines substances en milieu de travail *avait causé* le cancer du sein des employées *avec un degré de certitude scientifique*, mais plutôt si l'exposition à certains produits chimiques « pouvait être liée à une augmentation du risque » : p. iii (je souligne).

[58] En définitive, les auteurs du rapport final de l'OHSAH n'ont pas recommandé que l'on procède à une étude épidémiologique plus poussée en expliquant qu'ils n'avaient [TRADUCTION] « trouvé aucune preuve scientifique permettant de conclure à une hypothèse plausible concernant l'étiologie du cancer du sein qui serait liée au travail en laboratoire » : p. iv (je souligne). Les auteurs ont poursuivi, dans leur conclusion, en affirmant qu'ils n'avaient « trouvé en milieu de travail aucune exposition actuelle à des produits chimiques ou trace d'exposition antérieure à de telles substances qui permettrait d'établir un lien entre le travail en laboratoire au [Mission Memorial Hospital] et un risque élevé de développer un cancer du sein ou un cancer en général » : p. 38 (je souligne).

[59] En résumé, ce ne sont pas là des termes qu'emploieraient des experts médicaux à la recherche d'une causalité fondée sur un facteur déterminant établi avec un degré de certitude scientifique. Les auteurs ont simplement conclu qu'aucune exposition à des substances en milieu de travail ne pouvait

on the relaxed standard of proof applicable to the workers' compensation regime under s. 250(4) of the *WCA*, there is still no evidence capable of establishing "causative significance".

de façon plausible avoir augmenté le risque de développer un cancer du sein. Selon la lecture que je fais du rapport final de l'OHSAH, même en appliquant la norme assouplie de preuve applicable dans le cadre du régime d'indemnisation des victimes d'accidents du travail aux termes du par. 250(4) de la *WCA*, on ne trouve aucun élément de preuve susceptible de démontrer l'existence d'un « lien causal significatif ».

C. *The Bases on Which the Tribunal Inferred Causative Significance*

[60] In spite of overwhelming expert evidence to the contrary, a two-member majority of the Tribunal nevertheless saw in the expert reports sufficient evidence of a causal link.

C. *Motifs sur lesquels le Tribunal s'est fondé pour conclure à l'existence d'un effet causal important*

[60] Malgré le poids considérable de cette preuve d'experts à l'effet contraire, les deux membres majoritaires du Tribunal ont néanmoins décelé dans les rapports d'experts suffisamment d'éléments de preuve pour conclure à l'existence d'un lien de causalité.

[61] The key passages of the Tribunal's majority decision read as follows:

> As noted above, we have considered the factors in the Protocol. Perhaps the most compelling evidence for us involves the fact that the workers with breast cancer were exposed to carcinogens and there is a very elevated statistically significant [standardized incidence ratio] for breast cancer. Our decision does not simply rest on the occurrence of a very elevated statistically significant [standardized incidence ratio] for breast cancer.
>
> That [standardized incidence ratio] occurs against the backdrop of the particular standard of proof employed by us, the workers' exposure to carcinogens, and the comments of [the authors of the OHSAH Final Report] to the effect that all cancer causing agents have the potential to initiate and promote cancer, little is known about the possible synergistic, additive or antagonistic effects of multiple chemical exposures, and past exposures were likely much higher.
>
> (Original Decision, at paras. 192-93)

[61] Les passages clés de la décision des membres majoritaires du Tribunal indiquent ce qui suit :

> [TRADUCTION] Comme nous l'avons déjà expliqué, nous avons tenu compte des facteurs énumérés dans le Protocole. À notre avis, la preuve la plus convaincante tient peut-être au fait que les employées atteintes d'un cancer du sein ont été exposées à des substances cancérigènes et que le [taux d'incidence normalisé] statistiquement significatif est très élevé pour le cancer du sein. Notre décision ne repose pas simplement sur le [taux d'incidence normalisé] statistiquement significatif très élevé à l'égard du cancer du sein.
>
> Ce [taux d'incidence normalisé] est pris en compte au regard de la norme de preuve particulière que nous avons appliquée, de l'exposition des employées à des substances cancérigènes, ainsi que des commentaires formulés [dans le rapport final de l'OHSAH] selon lesquels tous les agents cancérigènes peuvent contribuer à l'apparition et au développement d'un cancer, que les possibles effets synergiques, cumulatifs ou antagonistes des expositions multiples à des substances chimiques sont peu connus, et que les expositions antérieures étaient vraisemblablement beaucoup plus élevées.
>
> (Décision initiale, par. 192-193)

[62] It does not take much probing to see that there is little to no support for these statements in the evidence before the Tribunal.

(1) The Cluster of Diagnosed Cases of Breast Cancer

[63] First, the presence of a cluster of diagnosed cases of breast cancer does not, on its own, constitute evidence of causative significance.

[64] As the OHSAH Final Report explains, clusters can occur naturally as a result of an uneven distribution of non-occupational risk factors amongst the general population. For breast cancer, these factors can include age, weight, family history, age of first menstruation, age at pregnancy and first birth, and certain lifestyle factors. As the authors of the OHSAH Final Report explained:

> Cluster research has shown that elevated rates occur by chance at some geographic locations and times. In fact, clusters always occur and it is a statistical phenomenon — even when there is no causal factor that is responsible for the increased incidence (this is why so few cluster investigations uncover any new risk factors). So, if we look around at many geographic areas and times we will find some clusters; if a specific cluster is related to statistics and not an etiologic agent, it is most likely that in the next time period at this location the rate will not be significantly elevated. Thus, it would be very prudent to continue to evaluate the incidence of breast cancer in [Mission Memorial Hospital] Laboratory employees to see if the rate comes closer to what is expected. [Emphasis added; p. 39.]

[65] A cluster might also represent a statistical anomaly. Indeed, since only a total of seven diagnosed cases of breast cancer were identified at the Mission Memorial Hospital laboratory over a period of 34 years, the possibility that this cluster represents such an anomaly is significant.

[62] Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse bien poussée pour constater que ces affirmations trouvent peu ou point d'appui dans la preuve soumise au Tribunal.

(1) Le groupe de cas de cancer du sein diagnostiqués

[63] Tout d'abord, l'existence d'un groupe de cas de cancer du sein diagnostiqués ne constitue pas, en soi, une preuve d'un lien causal significatif.

[64] Comme les auteurs du rapport final de l'OHSAH l'expliquent, un groupe peut apparaître spontanément par suite d'une répartition inégale de facteurs de risque autres que professionnels dans la population en général. Dans le cas du cancer du sein, il peut s'agir de facteurs tels l'âge, le poids, les antécédents familiaux, l'âge des premières menstruations, l'âge au moment d'une grossesse et d'un premier accouchement, et certains facteurs liés au mode de vie. Comme les auteurs du rapport final de l'OHSAH l'expliquent :

> [TRADUCTION] Les recherches par groupes ont démontré qu'une incidence élevée du cancer peut être le fruit du hasard dans certains lieux géographiques et à certaines périodes. En fait, les groupes apparaissent toujours et il s'agit d'un phénomène statistique — même lorsqu'il n'y a pas de facteur causal à l'origine de l'incidence plus élevée (ce qui explique que très peu d'études sur les groupes révèlent de nouveaux facteurs de risques). Par conséquent, si l'on examine diverses régions géographiques et diverses périodes, on découvrira quelques groupes; si l'on établit un lien entre un groupe et des données statistiques plutôt qu'un agent étiologique, il est fort probable qu'au cours de la période suivante, l'incidence, au même endroit, ne sera pas sensiblement plus élevée. Ainsi, il serait très prudent de continuer à évaluer l'incidence du cancer du sein chez les employées de laboratoire du [Mission Memorial Hospital] pour vérifier si cette incidence se rapproche davantage des chiffres auxquels on s'attend. [Je souligne; p. 39.]

[65] Un groupe pourrait également constituer une anomalie statistique. D'ailleurs, étant donné que seulement sept cas de cancer du sein diagnostiqués ont été recensés au laboratoire du Mission Memorial Hospital sur une période de 34 ans, la possibilité que ce groupe constitue une telle anomalie est élevée.

[66] It is clear that, on its own, correlation is no proof of causation. On that same logic, I am of the view that, without more, the mere presence of a cluster of diagnosed cases within a workplace is not sufficient evidence of any causal link between the disease and the nature of the employment.

(2) Exposure to Chemical Substances

[67] Second, on the question of exposure to chemical substances, Dr. Yamanaka and the authors of the OHSAH Final Report were unwavering. In their view, the available evidence regarding the workers' exposure to chemical substances like formaldehyde, xylene, *o*-toluidine or ethylene oxide could not be related to an increase in the workers' risk of developing breast cancer.

[68] Among these chemical substances, ethylene oxide is the only one that has a recognized association with the development of breast cancer in human beings and, according to the evidence, this association is weak. Dr. Yamanaka's report, drawing on research from the U.S. National Institute for Occupational Safety and Health, stated that only women exposed to "very high levels" of ethylene oxide would be at an increased risk of developing breast cancer. There is no evidence in the record capable of supporting a conclusion that any of the workers were exposed to such "high levels" at Mission Memorial Hospital.

[69] Indeed, the OHSAH Final Report concluded that current exposure to chemical substances was minimal "because liquid volumes are small and handling is often minimized through the use of 'lock and load' systems": p. 36. Dr. Yamanaka noted in a May 31, 2007 log entry that, even in the past, high levels of exposure to ethylene oxide were "highly unlikely".

[66] Il est évident que, prise isolément, une corrélation ne constitue pas une preuve d'un lien de causalité. Suivant cette même logique, je suis d'avis que la simple présence d'un groupe de cas diagnostiqués dans un lieu de travail, sans plus, ne constitue pas une preuve suffisante de l'existence d'un lien de causalité entre une maladie et la nature de l'emploi.

(2) Exposition à des substances chimiques

[67] En second lieu, au sujet de la question de l'exposition à des substances chimiques, le docteur Yamanaka et les auteurs du rapport final de l'OHSAH sont catégoriques. À leur avis, les éléments de preuve disponibles concernant l'exposition des employées à des substances chimiques telles que le formaldéhyde, le xylène, l'*o*-toluidine ou l'oxyde d'éthylène ne pouvaient établir un lien avec le risque accru pour les employées de développer un cancer du sein.

[68] Parmi ces produits chimiques, seul l'oxyde d'éthylène a un lien reconnu avec le développement du cancer du sein chez l'être humain, et suivant la preuve, ce lien est faible. S'inspirant des recherches menées aux États-Unis par le National Institute for Occupational Safety and Health, le rapport du docteur Yamanaka affirme que seules les femmes qui ont été exposées à des [TRADUCTION] « niveaux très élevés » d'oxyde d'éthylène présenteraient un risque accru de développer un cancer du sein. Or, on ne trouve au dossier aucun élément de preuve permettant de conclure que l'une ou l'autre des employées ait été exposée à des « niveaux [aussi] élevés » au Mission Memorial Hospital.

[69] À cet égard, le rapport final de l'OHSAH concluait que l'exposition actuelle à des substances chimiques était minimale [TRADUCTION] « étant donné que les volumes liquides sont minimes et que la manutention est souvent minimisée par l'utilisation d'appareils de manutention verrouillables » : p. 36. Le docteur Yamanaka a noté, dans une entrée de journal datée du 31 mai 2007, que, même dans le passé, il était [TRADUCTION] « fort peu probable » que le personnel ait été exposé à des niveaux élevés d'oxyde d'éthylène.

[70] The OHSAH Final Report did note that past exposures to certain chemicals were "likely much higher", but this statement must be read in context. For one, the mention of "past exposures" does not seem to refer to ethylene oxide, the only carcinogenic substance with a recognized association with the development of breast cancer in humans.

[71] More importantly, a passing reference to "likely much higher" past exposures says nothing about whether these past exposures are "as likely as not" to have increased the workers' risk of developing breast cancer. Rather, in their executive summary, the authors of the OHSAH Final Report observed that a "chemical assessment of carcinogens in the workplace also did not show any obvious and extreme exposures in the past (based on current scientific literature), which could be related to the increase in risk": p. iii (emphasis added). This point was restated in their conclusion, where the authors explained that "no current occupational chemical exposures, or records of past occupational exposures were found that might relate working in the [Mission Memorial Hospital] laboratory environment to elevated breast cancer risk, or cancer in general": p. 38 (emphasis added). Ultimately, as I have said, in spite of this "likely much higher" exposure to certain chemicals in the past, the authors of the OHSAH Final Report nevertheless concluded that they "did not find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer": p. iv (emphasis added).

[72] Finally, rather than suggest that multiple exposures can have a "synergistic" or "additive" effect, as the Tribunal seems to imply, the OHSAH Final Report indicated that no synergistic or additive effect has been identified in the literature.

[70] Certes, le rapport final de l'OHSAH signalait que l'exposition antérieure à certaines substances chimiques avait [TRADUCTION] « vraisemblablement [été] beaucoup plus élevée », mais cette affirmation doit être interprétée dans son contexte. D'une part, cette allusion à une « exposition antérieure » ne semble pas viser l'oxyde d'éthylène, la seule substance cancérigène dont les études ont reconnu le lien possible avec le développement du cancer du sein chez l'humain.

[71] D'autre part, et fait plus important, une allusion à une exposition antérieure [TRADUCTION] « vraisemblablement beaucoup plus élevée » ne dit rien sur la question de savoir s'il est « aussi probable qu'improbable » que cette exposition antérieure ait augmenté le risque que les employées développent un cancer du sein. Dans leur résumé, les auteurs du rapport final de l'OHSAH font plutôt observer que « l'analyse chimique des substances cancérigènes présentes en milieu de travail n'a par ailleurs pas permis d'établir l'existence d'un lien entre une exposition antérieure évidente et extrême (selon les ouvrages scientifiques actuels) et une augmentation du risque » : p. iii (je souligne). Les auteurs reprennent la même idée dans leur conclusion, en expliquant qu'« aucune exposition actuelle à des produits chimiques en milieu du travail ou exposition antérieure à de telles substances n'a été démontrée qui permettrait d'établir un lien entre le travail en laboratoire au [Mission Memorial Hospital] et un risque élevé de développer un cancer du sein ou tout autre cancer » : p. 38 (je souligne). En fin de compte, comme je l'ai déjà dit, malgré cette exposition antérieure « vraisemblablement beaucoup plus élevée » à certains produits chimiques, les auteurs du rapport final de l'OHSAH ont néanmoins conclu qu'ils n'avaient « trouvé aucune preuve scientifique permettant de conclure à une hypothèse plausible concernant l'étiologie du cancer du sein qui serait liée au travail en laboratoire » : p. iv (je souligne).

[72] Enfin, au lieu d'affirmer que l'exposition à de multiples substances pouvait avoir un effet [TRADUCTION] « synergique » ou « cumulatif », comme le Tribunal semble le laisser entendre, le rapport final de l'OHSAH indique que les ouvrages scientifiques n'ont identifié aucun effet synergique ou cumulatif.

[73] Respectfully, there is simply no basis for inferring "causative significance" from these passages of the Final Report.

[74] It is true, as my colleague Brown J. notes, that the OHSAH Final Report did not *exclude* the possibility that past exposures to certain chemicals could have contributed to the development of the workers' breast cancer. At the conclusion of their report, the authors stated that

> [i]n summary, this study confirmed that the perceived cluster was an observed cluster and that [Mission Memorial Hospital] Laboratory employees were experiencing an elevated rate of breast cancer. The factors associated with this increased incidence could not be determined but may have been due to: (1) a cluster of reproductive and other known, non-occupational, risk factors, (2) past exposures to chemical carcinogens and less likely to ionizing radiation, and (3) a statistical anomaly. [p. 39]

[75] This statement, however, should not be mistaken for evidence, and certainly not *positive* evidence. The authors of the OHSAH Final Report only meant to set out an exhaustive list of what could *possibly* explain the higher incidence of breast cancer in laboratory technicians at Mission Memorial Hospital. The inability to rule out a possible explanation simply does not transform that explanation into positive evidence of a causal link. Moreover, a list of three exhaustive possibilities says nothing about the likelihood of "causative significance". Put simply, this passage provides no basis for inferring such a causal link, especially when the OHSAH Final Report otherwise goes to great lengths to refute the proposition that exposure to workplace chemicals could have increased the workers' risk of developing breast cancer.

[73] En toute déférence, ces extraits du rapport final ne permettent tout simplement pas de conclure à l'existence d'un « lien causal significatif ».

[74] Certes, comme le fait observer mon collègue le juge Brown, le rapport final de l'OHSAH n'a pas *exclu* la possibilité que l'exposition antérieure à certaines substances chimiques ait pu contribuer au développement du cancer du sein chez les employées. À la fin de leur rapport, les auteurs déclarent ce qui suit :

> [TRADUCTION] En résumé, cette étude a confirmé que le groupe perçu correspondait aux observations et qu'on a constaté une incidence élevée du cancer du sein chez les employées de laboratoire du [Mission Memorial Hospital]. Les facteurs associés à cette incidence élevée n'ont pas pu être établis; ils pouvaient toutefois être attribuables à : (1) un regroupement de facteurs liés à la reproduction et d'autres facteurs de risque connus autres que professionnels, (2) à l'exposition antérieure à des substances chimiques cancérigènes et moins probablement à l'exposition aux radiations ionisantes, et (3) à une anomalie statistique. [p. 39]

[75] Cette affirmation ne doit toutefois pas être assimilée à une preuve, et elle n'a certainement pas valeur de preuve *positive*. Les auteurs du rapport final de l'OHSAH entendaient seulement proposer une liste exhaustive des facteurs qui pouvaient *possiblement* expliquer l'incidence élevée de cancer du sein chez les techniciennes de laboratoire du Mission Memorial Hospital. L'incapacité d'écarter une explication possible ne transforme pas cette explication en preuve positive de l'existence d'un lien de causalité significatif. De plus, une liste de trois possibilités exhaustives ne dit rien au sujet de la vraisemblance d'un « lien causal significatif ». Plus simplement, ce passage ne permet pas de conclure à l'existence d'un tel lien de causalité, d'autant plus que le rapport final de l'OHSAH prend bien soin de réfuter la proposition selon laquelle l'exposition à des substances chimiques en milieu de travail aurait pu augmenter le risque que les employées développent un cancer du sein.

D. *The Tribunal's Findings of Fact Amount to Mere Speculation*

[76] I am left with the view that the only support for the Tribunal's original decision is the existence of a cluster of diagnosed cases of breast cancer. The Tribunal's findings of fact simply do not rise above the level of mere speculation. The Tribunal is even candid about the speculative nature of its own conclusion. For instance, the two-member majority stated as follows:

> . . . we acknowledge that the amount of exposure is not known and the specific carcinogens which contributed to their development of breast cancer are not known. As part of that exercise of "ordinary common sense", we reiterate we are weighing the evidence using a standard of proof as set out by subsection 250(4) of the [*WCA*].
>
> (Original Decision, at para. 179)

[77] In speculating in this way, the Tribunal disregarded the consensus view of the medical experts, in spite of the Tribunal's own lack of expertise in medical matters. The Tribunal also ignored the Board's policy, set out in the *RSCM II*, which states that there must be sufficient *positive* evidence capable of supporting a finding of causative significance, failing which the only possible option is to deny the claim. I would add that, in giving effect to so low a standard of proof, the Tribunal failed to respect the legislature's wish not to include breast cancer among the list of occupational diseases which are deemed to have been caused by the nature of certain types of employment in Schedule B of the *WCA*.

[78] Furthermore, while s. 250(4) of the *WCA* relaxes the burden of proof to a limited extent, it is of no assistance to the workers here. Section 250(4) provides that where the "evidence supporting different findings on an issue is evenly weighted in that case, the appeal tribunal must resolve that issue in a manner that favours the worker". On a literal reading of these words, before s. 250(4) can apply,

D. *Les conclusions de fait du Tribunal se résument à de simples spéculations*

[76] Je n'ai d'autre choix que de constater que la décision initiale du Tribunal repose uniquement sur l'existence d'un groupe de cas diagnostiqués de cancer du sein. Les conclusions de fait tirées par le Tribunal ne vont pas au-delà de simples spéculations. Le Tribunal reconnaît d'ailleurs le caractère spéculatif de sa propre conclusion. Par exemple, les deux membres de la majorité déclarent ce qui suit :

> [TRADUCTION] . . . nous reconnaissons que nous ignorons le degré d'exposition, de même que les substances cancérigènes précises qui ont contribué au développement de leur cancer du sein. En suivant toujours ce raisonnement fondé sur « le simple bon sens », nous rappelons que nous apprécions la preuve en appliquant la norme de preuve que prévoit le paragraphe 250(4) de la [*WCA*].
>
> (Décision initiale, par. 179)

[77] En spéculant ainsi, le Tribunal a complètement écarté l'opinion unanime des experts médicaux, malgré le fait qu'il ne possédait lui-même aucune connaissance spécialisée dans le domaine médical. Le Tribunal a également fait fi de la directive de la Commission énoncée dans le *RSCM II*, qui prévoit qu'il doit exister suffisamment d'éléments de preuve *positive* permettant de conclure à l'existence d'un lien causal significatif, à défaut de quoi la seule décision possible est le rejet de la demande. J'ajouterais qu'en appliquant une norme de preuve aussi peu exigeante, le Tribunal n'a pas respecté la volonté du législateur de ne pas inclure, à l'annexe B de la *WCA*, le cancer du sein dans la liste des maladies professionnelles réputées avoir été causées par la nature de certains types d'emplois.

[78] Par ailleurs, bien qu'il assouplisse jusqu'à un certain point le fardeau de la preuve, le par. 250(4) de la *WCA* n'est d'aucun secours pour les employées en l'espèce. Ce paragraphe prévoit que lorsque [TRADUCTION] « les éléments de preuve étayant des conclusions différentes sur une question sont de valeur probante égale, le tribunal d'appel doit trancher la question en faveur du travailleur ».

there must be evidence capable of supporting two different findings, with each being equally plausible. In the present case, there is simply *no* evidence capable of supporting a finding of "causative significance". Section 250(4) simply cannot serve to bridge such a major gap in the evidence.

Selon une interprétation littérale de cette disposition, avant que le par. 250(4) puisse s'appliquer, il doit exister des éléments de preuve permettant de tirer deux conclusions différentes tout aussi plausibles l'une que l'autre. En l'espèce, il n'y a tout simplement *aucun* élément de preuve permettant de conclure à l'existence d'un « lien causal significatif ». Le paragraphe 250(4) ne peut tout simplement pas servir à combler une lacune aussi importante dans la preuve.

[79] My colleague Brown J. has emphasized the importance of drawing inferences in fact finding. While this may be so, I must insist that the evidence in the record must still be capable of supporting the inferences drawn. Otherwise, the fact-finder is at risk of straying outside the realm of inference and reasonable deductions, and into the "wilderness of 'mere speculation or conjecture'": *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32, per Lord Rodger, at para. 150, citing *Caswell v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 152, per Lord Wright, at pp. 169-70; see also D. Cheifetz, "The Snell Inference and Material Contribution: Defining the Indefinable and Hunting the Causative Snark" (2005), 30 *Advocates' Q.* 1, at pp. 46-47.

[79] Mon collègue le juge Brown souligne l'importance qu'il faut accorder aux conclusions tirées par le juge des faits. Cela est peut-être vrai, mais je me dois d'insister pour dire que la preuve au dossier doit néanmoins permettre d'étayer les conclusions ainsi tirées. Sinon, le juge des faits risque de déborder le cadre des inférences et des déductions raisonnables et de s'aventurer dans [TRADUCTION] « la jungle des "pures hypothèses et spéculations" » : *Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32, Lord Rodger, par. 150, citant *Caswell c. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 152, Lord Wright, p. 169-170; voir également D. Cheifetz, « The Snell Inference and Material Contribution : Defining the Indefinable and Hunting the Causative Snark » (2005), 30 *Advocates' Q.* 1, p. 46-47.

[80] This kind of "common sense" or inferential reasoning simply cannot bridge insuperable gaps in the evidence — in either a standard civil action or in an administrative claim under the *WCA*: see e.g. *Kozak v. Funk* (1997), 158 Sask. R. 283 (C.A.), at para. 22, aff'g in part (1995), 135 Sask. R. 81 (Q.B.); *Meringolo v. Oshawa General Hospital* (1991), 46 O.A.C. 260, at para. 89, leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. vii.

[80] Ce type de raisonnement par induction ou fondé sur le « bon sens » ne peut tout simplement pas combler les lacunes insurmontables dans la preuve — que ce soit dans une action civile ou dans une demande administrative présentée en vertu de la *WCA* : voir par exemple *Kozak c. Funk* (1997), 158 Sask. R. 283 (C.A.), par. 22, conf. en partie (1995), 135 Sask. R. 81 (B.R.); *Meringolo c. Oshawa General Hospital* (1991), 46 O.A.C. 260, par. 89, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. vii.

[81] In this case, as I have said, there is simply no evidence — and certainly no positive evidence — capable of supporting a finding of causative significance. Having allowed mere speculation to suffice, the Tribunal's decision is "openly, evidently, clearly" wrong and therefore ought to be set aside: *Southam*, at para. 57; *Toronto (City) Board of Education*, at

[81] En l'espèce, comme je l'ai déjà dit, il n'existe tout simplement aucun élément de preuve — et certainement aucun élément de preuve positive — susceptible d'étayer une conclusion quant à l'existence d'un lien causal significatif. Le Tribunal s'étant contenté de simples spéculations, « on ne peut contester [et il] est tout à fait évident » que sa

para. 44; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

E. *Disposition*

[82] For these reasons, I would dismiss the Workers' Appeal and the WCAT Appeal.

Appeal by the Workers' Compensation Appeal Tribunal dismissed. Appeal by Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane allowed with costs, CÔTÉ J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant/respondent the Workers' Compensation Appeal Tribunal: Workers' Compensation Appeal Tribunal, Richmond.

Solicitors for the appellants/respondents Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane: Health Sciences Association of British Columbia, New Westminster; Hospital Employees' Union, New Westminster.

Solicitors for the respondent Fraser Health Authority: Harris & Company, Vancouver; Health Employers Association of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners the Ontario Network of Injured Workers' Groups and the Industrial Accident Victims' Group of Ontario: IAVGO Community Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the interveners the Community Legal Assistance Society and the British Columbia Federation of Labour: Ethos Law Group, Vancouver.

décision est déraisonnable et qu'elle doit être annulée : *Southam*, par. 57; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité)*, par. 44; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

E. *Dispositif*

[82] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi des employées et celui du Tribunal.

Pourvoi du Workers' Compensation Appeal Tribunal rejeté. Pourvoi de Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane accueilli avec dépens, la juge CÔTÉ *est dissidente.*

Procureur de l'appelant/intimé Workers' Compensation Appeal Tribunal : Workers' Compensation Appeal Tribunal, Richmond.

Procureurs des appelantes/intimées Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane : Health Sciences Association of British Columbia, New Westminster; Hospital Employees' Union, New Westminster.

Procureurs de l'intimée Fraser Health Authority : Harris & Company, Vancouver; Health Employers Association of British Columbia, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants Ontario Network of Injured Workers' Groups et Industrial Accident Victims' Group of Ontario : IAVGO Community Legal Clinic, Toronto.

Procureurs des intervenantes Community Legal Assistance Society et British Columbia Federation of Labour : Ethos Law Group, Vancouver.

Shane Rayshawn Vassell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Indexed as: R. *v.* Vassell

2016 SCC 26

File No.: 36792.

2016: May 20; 2016: June 30.

Present: Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of three years to trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

V was charged along with six other individuals for possession of cocaine for the purpose of trafficking. The Crown prosecuted the seven accused jointly but eventually proceeded to trial against V alone. The delay to trial was over three years. V applied for a stay of proceedings due to the delay. The trial judge dismissed the application and convicted V. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be allowed, the conviction set aside and a stay of proceedings entered.

V's right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed. When a s. 11(*b*) violation is raised, courts must be careful not to miss the forest for the trees. In this case, V waited three years for a three-day trial. Significantly, he did not cause any of the delay; rather, he took proactive steps throughout to have his case tried as soon as possible. Despite his efforts, substantial delay was caused by his co-accused, and the inability of the system to provide earlier dates. In these circumstances, a more proactive stance on the Crown's part was required. The Crown chose to prosecute all seven accused jointly, as it was entitled to do. But having done so, it was required to remain vigilant that its decision not compromise their s. 11(*b*) rights. V's trial was adjourned twice,

Shane Rayshawn Vassell *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

Répertorié : R. *c.* Vassell

2016 CSC 26

N° du greffe : 36792.

2016 : 20 mai; 2016 : 30 juin.

Présents : Les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de trois ans jusqu'au procès — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé, garanti à l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés, d'être jugé dans un délai raisonnable?

V et six autres personnes ont été accusés de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Le ministère public a poursuivi conjointement les sept accusés, mais seul V a finalement dû subir un procès. Le délai jusqu'au procès s'est prolongé durant plus de trois ans. En raison de ce délai, V a demandé l'arrêt des procédures. Le juge du procès a rejeté sa demande et l'a reconnu coupable. La Cour d'appel à la majorité a rejeté son appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et l'arrêt des procédures est ordonné.

Le droit de V d'être jugé dans un délai raisonnable garanti à l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé. Lorsqu'une violation de l'al. 11*b*) est soulevée, les tribunaux doivent prendre garde à ce que l'attention portée aux détails ne leur fasse pas perdre de vue l'ensemble de la situation. En l'espèce, V a attendu trois ans pour obtenir un procès de trois jours. Fait important, V n'est aucunement responsable du retard; il a plutôt pris des mesures proactives tout au long du processus pour que son procès ait lieu le plus tôt possible. En dépit de ses efforts, des retards importants ont été causés par ses coaccusés et par l'incapacité du système judiciaire d'offrir des dates de procès plus rapprochées. Dans ces circonstances, le ministère public se devait d'adopter une attitude plus proactive. Il a décidé

and the Crown and the system failed to respond proactively enough to these adjournments to avoid unreasonable delay.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83; *R. v. Schertzer*, 2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 10(*b*), 11(*b*), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Watson, Rowbotham and O'Ferrall JJ.A.), 2015 ABCA 409, 29 Alta. L.R. (6th) 1, 609 A.R. 253, 656 W.A.C. 253, 331 C.C.C. (3d) 97, [2015] A.J. No. 1416 (QL), 2015 CarswellAlta 2344 (WL Can.), affirming decisions of Marceau J., 2014 ABQB 196, 587 A.R. 56, [2014] A.J. No. 386 (QL), 2014 CarswellAlta 590 (WL Can.), and 2014 ABQB 281, [2014] A.J. No. 505 (QL), 2014 CarswellAlta 772 (WL Can.). Appeal allowed.

Graham Johnson, for the appellant.

Susanne Boucher and *Jonathan Martin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] MOLDAVER J. — This appeal comes to us as of right from the Court of Appeal for Alberta, based on the dissenting reasons of O'Ferrall J.A. (2015 ABCA 409, 609 A.R. 253). In line with O'Ferrall J.A.'s opinion, Mr. Vassell says that his right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was violated. He asks this Court to set aside his conviction for possession of cocaine for the purpose of trafficking (2014 ABQB 281), and enter a stay of proceedings. In the alternative, he alleges violations of

de poursuivre conjointement les sept accusés, comme il en avait le droit. Mais, ce faisant, il devait rester vigilant pour s'assurer que les droits que l'al. 11*b*) reconnaît à ces accusés ne soient pas compromis. Le procès de V a été ajourné à deux reprises, et le ministère public et les intervenants du système n'ont pas pris, face à ces ajournements, les mesures proactives voulues pour éviter un délai déraisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83; *R. c. Schertzer*, 2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 10*b*), 11*b*), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Watson, Rowbotham et O'Ferrall), 2015 ABCA 409, 29 Alta. L.R. (6th) 1, 609 A.R. 253, 656 W.A.C. 253, 331 C.C.C. (3d) 97, [2015] A.J. No. 1416 (QL), 2015 CarswellAlta 2344 (WL Can.), qui a confirmé des décisions du juge Marceau, 2014 ABQB 196, 587 A.R. 56, [2014] A.J. No. 386 (QL), 2014 CarswellAlta 590 (WL Can.), et 2014 ABQB 281, [2014] A.J. No. 505 (QL), 2014 CarswellAlta 772 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Graham Johnson, pour l'appelant.

Susanne Boucher et *Jonathan Martin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Il s'agit d'un appel interjeté de plein droit à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta sur le fondement des motifs dissidents du juge O'Ferrall (2015 ABCA 409, 609 A.R. 253). Conformément à l'opinion exprimée par celui-ci, M. Vassell affirme que son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti à l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé. Il demande à la Cour d'annuler sa déclaration de culpabilité pour possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic (2014 ABQB 281) et

his ss. 9 and 10(*b*) *Charter* rights, and says that his statement to police should have been excluded at trial under s. 24(2). In that event, he seeks a new trial.

[2] For reasons that largely accord with those of O'Ferrall J.A., I am of the view that Mr. Vassell's s. 11(*b*) *Charter* argument must succeed. Accordingly, I would allow the appeal, set aside Mr. Vassell's conviction, and enter a stay of proceedings. As a result, I find it unnecessary to address Mr. Vassell's ss. 9 and 10(*b*) arguments.

[3] Turning to the s. 11(*b*) issue, when a violation is raised, courts must be careful not to miss the forest for the trees (*R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3, at para. 18). The forest in this case is plain as day. At every opportunity, Mr. Vassell attempted to move his case to trial. But in the end, as O'Ferrall J.A. observed, he "waited three years for a three-day trial" (para. 54). Looking at this forest — that is, the overall delay in a case of moderate complexity — I am satisfied that the delay was unreasonable.

[4] As the trial judge found, much of the delay was caused by Mr. Vassell's six co-accused and their counsel (2014 ABQB 196, 587 A.R. 56). But this delay cannot be ignored in assessing whether Mr. Vassell's right to be tried within a reasonable time was breached. As this Court said in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 800, "an investigation of unreasonable delay must take into account all reasons for the delay in an attempt to delineate what is truly reasonable for the case before the court" (emphasis in original).

[5] In this case, the Crown chose to prosecute all seven accused jointly, as it was entitled to do.

d'ordonner l'arrêt des procédures. À titre subsidiaire, il allègue une violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 9 et l'al. 10*b*) de la *Charte* et soutient que sa déclaration à la police aurait dû être écartée au procès conformément au par. 24(2). Dans cette éventualité, il sollicite la tenue d'un nouveau procès.

[2] Pour des motifs qui concordent largement avec ceux exposés par le juge O'Ferrall, j'estime que l'argument de M. Vassell fondé sur l'al. 11*b*) de la *Charte* doit être retenu. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de M. Vassell et d'ordonner l'arrêt des procédures. En conséquence, il ne m'apparaît pas nécessaire d'examiner les arguments de M. Vassell fondés sur l'art. 9 et l'al. 10*b*).

[3] Pour ce qui est de la question relative à l'al. 11*b*), lorsqu'une violation de cette disposition est soulevée, les tribunaux doivent prendre garde à ce que l'attention portée aux détails ne leur fasse pas perdre de vue l'ensemble de la situation (*R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3, par. 18). En l'espèce, la situation est claire comme de l'eau de roche. À toutes les occasions possibles, M. Vassell a tenté de mener l'affaire à procès. Mais, en fin de compte, comme l'a fait remarquer le juge O'Ferrall, il [TRADUCTION] « a attendu trois ans pour obtenir un procès de trois jours » (par. 54). Eu égard à l'ensemble de la situation en l'espèce — c'est-à-dire le délai global dans un cas d'une complexité modérée —, je suis convaincu que le délai était déraisonnable.

[4] Comme l'a conclu le juge du procès, une bonne partie du retard est imputable aux six coaccusés de M. Vassell et à leurs avocats (2014 ABQB 196, 587 A.R. 56), mais il faut en tenir compte afin d'établir s'il y a bien eu atteinte au droit de M. Vassell d'être jugé dans un délai raisonnable. Comme la Cour a déclaré dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, p. 800, « l'examen d'un délai déraisonnable doit tenir compte de toutes les raisons du délai afin de tenter de délimiter ce qui est vraiment raisonnable relativement à l'affaire dont le tribunal est saisi » (souligné dans l'original).

[5] En l'espèce, le ministère public a décidé de poursuivre conjointement les sept accusés,

But having done so, it was required to remain vigilant that its decision not compromise the s. 11(*b*) rights of the accused persons (see, for example, *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83, and *R. v. Schertzer*, 2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270, at para. 146).

[6] In many cases, delay caused by proceeding against multiple co-accused must be accepted as a fact of life and must be considered in deciding what constitutes a reasonable time for trial. But here, it was clear from the outset that the delay caused by the various co-accused not only prevented the Crown's case from moving forward, it also prevented Mr. Vassell from proceeding expeditiously, as he wanted. Importantly, this is not a case where Mr. Vassell simply did not cause any of the delay; rather, it is one in which he took proactive steps throughout, from start to finish, to have his case tried as soon as possible. In this regard, his counsel reviewed disclosure promptly, pushed for a pre-trial conference or case management, worked with the Crown to streamline the issues at trial, agreed to admit an expert report, made the Crown and the Court aware of s. 11(*b*) problems, and at all times sought early dates.

[7] In these circumstances, I believe that a more proactive stance on the Crown's part was required. In fulfilling its obligation to bring all accused to trial within a reasonable time, the Crown cannot close its eyes to the circumstances of an accused who has done everything possible to move the matter along, only to be held hostage by his or her co-accused and the inability of the system to provide earlier dates. That, unfortunately, is what occurred here. In the last analysis, Mr. Vassell ended up being the sole person out of the initial seven co-accused to be tried. To repeat the words of O'Ferrall J.A., he "waited three years for a three-day trial". That is unacceptable, and it resulted in Mr. Vassell

comme il en avait le droit. Mais, ce faisant, il devait rester vigilant pour s'assurer que les droits reconnus aux accusés par l'al. 11*b*) ne soient pas compromis (voir, p. ex., *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83, et *R. c. Schertzer*, 2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270, par. 146).

[6] Dans bien des cas, il faut accepter que les délais attribuables au fait de poursuivre plusieurs coaccusés sont une réalité de la vie, et ils doivent être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un délai raisonnable pour être jugé. Mais, en l'espèce, il est apparu clairement dès le départ que le délai causé par les différents coaccusés a non seulement fait obstacle à la progression du dossier du ministère public, mais a aussi empêché M. Vassell d'être jugé rapidement, comme il le souhaitait. Fait important, il ne s'agit pas d'un cas où M. Vassell n'est aucunement responsable du retard, mais d'une situation où celui-ci a pris des mesures proactives tout au long du processus, du début à la fin, pour que son procès ait lieu le plus tôt possible. À cet égard, son avocat a examiné sans tarder la preuve communiquée, a fait pression pour obtenir la tenue d'une conférence préparatoire ou la gestion de l'instance, a collaboré avec le ministère public afin de simplifier les questions en litige, a accepté d'admettre un rapport d'expert, a porté à l'attention du ministère public et de la cour les problèmes concernant l'al. 11*b*), et a toujours demandé que l'on fixe des dates rapprochées.

[7] Dans ces circonstances, j'estime que le ministère public se devait d'adopter une attitude plus proactive. Lorsqu'il s'acquitte de son obligation de traduire des accusés en justice dans un délai raisonnable, le ministère public ne peut fermer les yeux sur la situation d'un accusé qui a fait tout ce qu'il pouvait pour faire avancer le dossier, mais qui se retrouve tenu en otage par ses coaccusés et l'incapacité du système judiciaire d'offrir des dates de procès plus rapprochées. C'est malheureusement ce qui s'est produit en l'espèce. En dernière analyse, M. Vassell a fini par être le seul, parmi les sept coaccusés d'origine, à subir un procès. Pour reprendre les propos

being deprived of his right to be tried within a reasonable time.

[8] Turning briefly to a consideration of the trees, I am respectfully of the view that two adjournments of Mr. Vassell's trial, occasioned by the Crown, pushed the delay beyond the bounds of reasonableness.

[9] The first adjournment occurred in February 2013 because of the Crown's need to attend a funeral. By this time, the indictment had narrowed to Mr. Vassell and two co-accused, and the trial was scheduled for one week instead of the original two. While the typical wait for a one-week trial in this jurisdiction was six to eight months, the system was able to accommodate a relatively quick second date, in June 2013, a period of four months. In submissions before this Court, Mr. Vassell's counsel stated that while he and counsel for one of the remaining co-accused were available in June, counsel for the other co-accused was not. As a result, the trial was rescheduled for September 2013.

[10] The funeral was an unavoidable event, which no one could foresee and for which no one can be held responsible. But the resulting delay cannot be completely disregarded. In particular, the additional three months of delay caused by the co-accused's unavailability in June should be attributed to the Crown, who in the circumstances should have been more proactive in ensuring that the prosecution moved forward expeditiously. For example, knowing that Mr. Vassell wanted an early trial and had already experienced almost two years of delay, the Crown could have chosen to deal with him separately in June. Severance at this stage of the proceedings was, in my view, both viable and reasonable.

[11] As the Crown properly conceded, the second adjournment falls squarely at the feet of the Crown

du juge O'Ferrall, il « a attendu trois ans pour obtenir un procès de trois jours ». Cette situation est inacceptable et a eu pour effet de priver M. Vassell de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

[8] En examinant brièvement les détails de l'affaire, j'estime que deux ajournements du procès de M. Vassell — imputables au ministère public — ont eu pour effet de prolonger le délai au-delà des limites du raisonnable.

[9] L'affaire a été ajournée une première fois en février 2013, parce que le représentant du ministère public devait assister à des funérailles. L'acte d'accusation ne visait plus alors que M. Vassell et deux coaccusés, et le procès devait durer une semaine au lieu des deux semaines prévues à l'origine. Bien que, dans ce ressort, le temps d'attente avant la tenue d'un procès d'une semaine était normalement de six à huit mois, le système a permis qu'on lui offre une seconde date assez rapprochée, soit en juin 2013, ce qui représentait une période d'attente de quatre mois. Dans son plaidoyer devant la Cour, l'avocat de M. Vassell a déclaré que lui-même et l'avocat d'un des deux coaccusés étaient disponibles en juin, mais que l'avocat de l'autre coaccusé ne l'était pas. Par conséquent, le procès a été reporté au mois de septembre 2013.

[10] Les funérailles constituaient un événement inévitable, que personne ne pouvait prévoir et dont nul ne saurait être tenu responsable. Cependant, on ne peut faire complètement abstraction du retard qui en a résulté. En particulier, le report additionnel de trois mois causé par la non-disponibilité du coaccusé en juin devrait être attribué au ministère public, qui, dans les circonstances, aurait dû se montrer plus proactif afin de s'assurer que le dossier avance rapidement. Par exemple, sachant que M. Vassell souhaitait hâter la tenue du procès et qu'il attendait déjà depuis près de deux ans, le ministère public aurait pu décider de tenir son procès séparément en juin. À mon avis, la disjonction des procédures constituait, à cette étape, une solution à la fois viable et raisonnable.

[11] Comme l'a concédé à juste titre le ministère public, le deuxième ajournement est clairement

and the system. On the second trial date in September 2013, the Crown announced that it intended to lead additional undisclosed expert evidence. At this point, Mr. Vassell stood alone on the indictment. The charges against his remaining two co-accused had been stayed. His trial was only to take three days. His counsel was available in November. And yet, Mr. Vassell was required to wait another seven months for a third trial date, because the earliest the court could accommodate the matter was April 2014. In the face of the obvious s. 11(*b*) concern — and knowing that Mr. Vassell had pushed all along for an early trial — it appears that the Crown and the system did nothing to secure earlier dates. In fact, it took the system almost twice as long to offer Mr. Vassell a third trial date than it had for his second, which involved a longer trial. And, to add insult to injury, in the end, the Crown did not call its new expert evidence.

imputable au ministère public et au système. À la deuxième date fixée pour le procès, en septembre 2013, le ministère public a annoncé son intention de produire une preuve d'expert additionnelle qu'elle n'avait pas communiquée. À ce stade, M. Vassell restait le seul accusé, l'arrêt des procédures ayant été ordonné à l'égard de ses deux derniers coaccusés. Son procès devait durer seulement trois jours, et son avocat était disponible en novembre. Pourtant, M. Vassell a dû attendre encore sept mois avant la troisième date du procès, car le tribunal ne pouvait instruire l'affaire avant avril 2014. Malgré la préoccupation évidente relativement à l'al. 11*b*) — et sachant que M. Vassell n'avait eu de cesse de demander que son procès ait lieu rapidement — il semble que le ministère public et le système judiciaire n'aient rien fait pour qu'il obtienne des dates de procès plus rapprochées. De fait, le système judiciaire a mis presque deux fois plus de temps à offrir à M. Vassell une troisième date de procès qu'il en avait mis à lui offrir la seconde date, pour laquelle un procès plus long était prévu. Et, comme si ce n'était pas assez, le ministère public n'a finalement pas utilisé sa nouvelle preuve d'expert.

[12] Despite Mr. Vassell's best efforts, his trial became bogged down as a result of a series of events over which he had no control and for which he bore no responsibility. The Crown was required to be more proactive in light of Mr. Vassell's consistent efforts to obtain a speedy trial — and the system was insufficiently robust to provide him with earlier dates following the second adjournment of his trial. Taking into account all of the delay and the reasons for it, Mr. Vassell's s. 11(*b*) right was violated. Accordingly, I would allow the appeal, set aside Mr. Vassell's conviction, and enter a stay of proceedings.

[12] Malgré tous les efforts déployés par M. Vassell, la tenue de son procès s'est enlisée en raison d'une série d'incidents qui échappaient à son contrôle et dont il n'était pas responsable. Le ministère public était tenu d'agir de manière plus proactive au regard des efforts soutenus de M. Vassell pour être jugé rapidement, et le système n'était pas assez souple pour qu'on lui offre des dates de procès plus rapprochées à la suite du deuxième ajournement de son procès. Compte tenu de la durée globale du délai et des raisons qui l'expliquent, il y a eu violation du droit que l'al. 11*b*) garantit à M. Vassell. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de M. Vassell et d'ordonner l'arrêt des procédures.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Dawson Duckett Shaigec & Garcia, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Yellowknife.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Dawson Duckett Shaigec & Garcia, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Yellowknife.

Barrett Richard Jordan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Alberta, British Columbia Civil Liberties Association and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

Barrett Richard Jordan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Alberta, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

Indexed as: R. *v.* Jordan

2016 SCC 27

File No.: 36068.

2015: October 7; 2016: July 8.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

Répertorié : R. *c.* Jordan

2016 CSC 27

N° du greffe : 36068.

2015 : 7 octobre; 2016 : 8 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of more than four years between charges and end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for applying s. 11(b).

J was charged in December 2008 for his role in a dial-a-dope operation. His trial ended in February 2013. J brought an application under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, seeking a stay of proceedings due to the delay. In dismissing the application, the trial judge applied the framework set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. Ultimately, J was convicted. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be allowed, the convictions set aside and a stay of proceedings entered.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ.: The delay was unreasonable and J's s. 11(*b*) *Charter* right was infringed. The *Morin* framework for

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de plus de quatre ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'art. 11b).

J a été inculpé en décembre 2008 pour avoir participé à une opération de vente de drogue sur appel. Son procès s'est terminé en février 2013. J a présenté une demande fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en vue d'obtenir l'arrêt des procédures en raison du délai. En rejetant la demande, le juge du procès a appliqué le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. En fin de compte, J a été déclaré coupable. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et l'arrêt des procédures est ordonné.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown : Le délai était déraisonnable et le droit de J protégé par l'al. 11*b*) de la *Charte* a été violé. Le cadre d'analyse

applying s. 11(*b*) has given rise to both doctrinal and practical problems, contributing to a culture of delay and complacency towards it. Doctrinally, the *Morin* framework is too unpredictable, too confusing, and too complex. It has itself become a burden on already overburdened trial courts. From a practical perspective, the *Morin* framework's after-the-fact rationalization of delay does not encourage participants in the justice system to take preventative measures to address inefficient practices and resourcing problems.

A new framework is therefore required for applying s. 11(*b*). This framework is intended to focus the s. 11(*b*) analysis on the issues that matter and encourage all participants in the criminal justice system to cooperate in achieving reasonably prompt justice, with a view to fulfilling s. 11(*b*)'s important objectives.

At the heart of this new framework is a presumptive ceiling beyond which delay — from the charge to the actual or anticipated end of trial — is presumed to be unreasonable, unless exceptional circumstances justify it. The presumptive ceiling is 18 months for cases tried in the provincial court, and 30 months for cases in the superior court (or cases tried in the provincial court after a preliminary inquiry). Delay attributable to or waived by the defence does not count towards the presumptive ceiling.

Once the presumptive ceiling is exceeded, the burden is on the Crown to rebut the presumption of unreasonableness on the basis of exceptional circumstances. If the Crown cannot do so, a stay will follow. Exceptional circumstances lie outside the Crown's control in that (1) they are reasonably unforeseen or reasonably unavoidable, and (2) they cannot reasonably be remedied.

It is obviously impossible to identify in advance all circumstances that may qualify as exceptional for the purposes of adjudicating a s. 11(*b*) application. Ultimately, the determination of whether circumstances are exceptional will depend on the trial judge's good sense and experience. The list is not closed. However, in general, exceptional circumstances fall under two categories: discrete events and particularly complex cases.

établi dans *Morin* pour l'application de l'al. 11*b*) a engendré des problèmes sur les plans tant théorique que pratique, concourant ainsi à une culture des délais et de complaisance à l'endroit de cette culture. Sur le plan théorique, ce cadre d'analyse est trop imprévisible, trop difficile à saisir et trop complexe. Il est devenu lui-même un fardeau pour des tribunaux de première instance déjà surchargés. D'un point de vue pratique, la justification après coup du délai sur laquelle débouche le cadre établi dans *Morin* n'incite pas les participants au système de justice à prendre des mesures préventives pour remédier aux pratiques inefficaces et au manque de ressources.

Il faut donc recourir à un nouveau cadre d'analyse pour appliquer l'al. 11*b*). Ce cadre vise à ce que l'analyse d'une demande fondée sur cette disposition se concentre sur les questions qui importent et à inciter tous les participants au système de justice criminelle à collaborer pour administrer la justice d'une manière qui soit raisonnablement prompte afin de réaliser les objectifs importants visés par l'al. 11*b*).

Au cœur de ce nouveau cadre se trouve un plafond présumé au-delà duquel le délai entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès est présumé déraisonnable, à moins que des circonstances exceptionnelles le justifient. Ce plafond présumé est fixé à 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale et à 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure (ou celles instruites devant une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire). Le délai imputable à la défense ou celui qu'elle renonce à invoquer ne compte pas dans le calcul visant à déterminer si ce plafond est atteint.

Une fois que le plafond présumé a été dépassé, il incombe au ministère public de réfuter la présomption du caractère déraisonnable du délai en invoquant des circonstances exceptionnelles. S'il ne peut le faire, un arrêt des procédures doit suivre. Des circonstances exceptionnelles sont des circonstances indépendantes de la volonté du ministère public, c'est-à-dire (1) qu'elles sont raisonnablement imprévues ou raisonnablement inévitables, et (2) qu'on ne peut raisonnablement y remédier.

Il est manifestement impossible de déterminer a priori toutes les circonstances qui peuvent se qualifier d'exceptionnelles lorsqu'il s'agit de trancher une demande fondée sur l'al. 11*b*). En fin de compte, la réponse à cette question du caractère exceptionnel des circonstances dépendra du bon sens et de l'expérience du juge de première instance. Une liste des circonstances de ce type ne saurait être exhaustive. Elles se divisent toutefois généralement en deux catégories : les événements distincts et les affaires particulièrement complexes.

If the exceptional circumstance relates to a discrete event (such as an illness or unexpected event at trial), the delay reasonably attributable to that event is subtracted from the total delay. If the exceptional circumstance arises from the case's complexity, the delay is reasonable and no further analysis is required.

An exceptional circumstance is the only basis upon which the Crown can discharge its burden to justify a delay that exceeds the ceiling. The seriousness or gravity of the offence cannot be relied on, nor can chronic institutional delay. Most significantly, the absence of prejudice can in no circumstances be used to justify delays after the presumptive ceiling is breached. Once so much time has elapsed, only circumstances that are genuinely outside the Crown's control and ability to remedy may furnish a sufficient excuse for the prolonged delay.

Below the presumptive ceiling, however, the burden is on the defence to show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. Absent these two factors, the s. 11(*b*) application must fail. Stays beneath the presumptive ceiling should only be granted in clear cases.

As to the first factor, while the defence might not be able to resolve the Crown's or the trial court's challenges, it falls to the defence to show that it attempted to set the earliest possible hearing dates, was cooperative with and responsive to the Crown and the court, put the Crown on timely notice when delay was becoming a problem, and conducted all applications (including the s. 11(*b*) application) reasonably and expeditiously. At the same time, trial judges should not take this opportunity, with the benefit of hindsight, to question every decision made by the defence. The defence is required to act reasonably, not perfectly.

Turning to the second factor, the defence must show that the time the case has taken markedly exceeds the reasonable time requirements of the case. These requirements derive from a variety of factors, including the complexity of the case and local considerations. Determining the time the case reasonably should have taken is

Si la circonstance exceptionnelle concerne un événement distinct (comme une maladie ou un imprévu au procès), le délai raisonnablement attribuable à cet événement est soustrait du délai total. Si la circonstance exceptionnelle résulte de la complexité de l'affaire, le délai est raisonnable et aucune autre analyse n'est nécessaire.

Une circonstance exceptionnelle est le seul fondement permettant au ministère public de s'acquitter du fardeau qui lui incombera de justifier un délai qui excède le plafond établi. Ni la gravité de l'infraction ni les délais institutionnels chroniques ne peuvent servir à justifier le délai. Fait plus important encore, l'absence de préjudice ne peut en aucun cas servir à justifier des délais lorsque le plafond est dépassé. Quand il s'est écoulé autant de temps, seules des circonstances véritablement indépendantes de la volonté du ministère public et auxquelles celui-ci ne pouvait remédier peuvent donner une excuse suffisante pour justifier le délai prolongé.

Lorsque le délai est inférieur au plafond présumé, il incombe toutefois à la défense de démontrer le caractère déraisonnable du délai. Pour ce faire, elle doit démontrer (1) qu'elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance, et (2) que le procès a été nettement plus long que ce qu'il aurait dû raisonnablement être. En l'absence de l'un ou l'autre de ces deux facteurs, la demande fondée sur l'al. 11*b*) doit être rejetée. Dans les cas où le délai est inférieur au plafond, l'arrêt des procédures ne doit être prononcé que dans les cas manifestes.

Quant au premier facteur, bien que la défense puisse être incapable de résoudre les défis auxquels sont confrontés le ministère public ou le tribunal de première instance, elle doit démontrer qu'elle a essayé d'obtenir les dates les plus rapprochées possible pour la tenue de l'audience, qu'elle a collaboré avec le ministère public et le tribunal et a répondu à leurs efforts, qu'elle a avisé le ministère public en temps opportun que le délai commençait à poser problème, et qu'elle a mené toutes les demandes (y compris celle fondée sur l'al. 11*b*)) de manière raisonnable et expéditive. Cela dit, le juge du procès ne doit pas profiter de l'occasion, avec l'avantage du recul, pour remettre en question chacune des décisions de la défense. Cette dernière est tenue d'agir raisonnablement, non pas à la perfection.

Quant au second facteur, la défense doit démontrer que le temps qu'a pris la cause excède de manière manifeste le délai qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger l'affaire. Ces exigences dépendent d'une panoplie de facteurs, y compris la complexité du dossier et des considérations de nature locale. Le fait de déterminer

not a matter of precise calculation, as has been the practice under the *Morin* framework.

For cases currently in the system, a contextual application of the new framework is required to avoid repeating the post-*Askov* situation, where tens of thousands of charges were stayed as a result of the abrupt change in the law. Therefore, for those cases, the new framework applies, subject to two qualifications. First, for cases in which the delay exceeds the ceiling, a transitional exceptional circumstance may arise where the charges were brought prior to the release of this decision. This transitional exceptional circumstance will apply when the Crown satisfies the court that the time the case has taken is justified based on the parties' reasonable reliance on the law as it previously existed. This requires a contextual assessment, sensitive to the manner in which the previous framework was applied, and the fact that the parties' behaviour cannot be judged strictly, against a standard of which they had no notice.

The second qualification applies to cases currently in the system in which the total delay (minus defence delay) falls below the ceiling. For these cases, the two criteria — defence initiative and whether the time the case has taken markedly exceeds what was reasonably required — must also be applied contextually, sensitive to the parties' reliance on the previous state of the law. Specifically, the defence need not demonstrate having taken initiative to expedite matters for the period of delay preceding this decision. Since defence initiative was not expressly required by the *Morin* framework, it would be unfair to require it for the period of time before the release of this decision. Further, if the delay was occasioned by an institutional delay that was, before this decision was released, reasonably acceptable in the relevant jurisdiction under the *Morin* framework, that institutional delay will be a component of the reasonable time requirements of the case for cases currently in the system.

In this case, the total delay between the charges and the end of trial was 49.5 months. As the trial judge found, four months of this delay were waived by J when he

le temps qu'aurait dû raisonnablement prendre une affaire à être jugée n'est pas une question de calculs précis, comme le veut la pratique instaurée par le cadre d'analyse établi dans *Morin*.

Pour les affaires en cours d'instance, une application contextuelle du nouveau cadre s'impose pour éviter que se reproduise ce qui s'est passé après le prononcé de l'arrêt *Askov*, alors que des dizaines de milliers d'accusations ont fait l'objet d'un arrêt des procédures en raison de la modification soudaine du droit. Par conséquent, le nouveau cadre s'applique à ces affaires, sujet à deux réserves. Premièrement, dans les cas où le délai excède le plafond, une mesure transitoire exceptionnelle peut s'appliquer lorsque les accusations ont été portées avant le prononcé du présent jugement. C'est le cas lorsque le ministère public convainc la cour que le temps qui s'est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait au préalable. Cela suppose qu'il faille procéder à un examen contextuel, eu égard à la manière dont l'ancien cadre a été appliqué et au fait que la conduite des parties ne peut être jugée rigoureusement en fonction d'une norme dont ils n'avaient pas connaissance.

La deuxième réserve s'applique aux affaires déjà en cours pour lesquelles le délai total (moins celui imputable à la défense) est inférieur au plafond. Pour ces causes, les tribunaux doivent appliquer les deux critères — soit celui relatif à l'initiative dont a fait preuve la défense et celui de la question de savoir si le temps qu'a mis la cause pour être entendue a excédé de manière manifeste le temps qui était raisonnablement requis — en fonction du contexte et en étant sensibles au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant. Plus précisément, la défense n'a pas à démontrer qu'elle a pris des initiatives pour accélérer les choses au cours de la période qui a précédé le prononcé du présent jugement. Puisque de telles initiatives n'étaient pas expressément requises par le cadre d'analyse prévu dans *Morin*, il serait injuste d'exiger qu'elles aient été prises avant le prononcé de la présente décision. En outre, si le retard a été causé par un délai institutionnel raisonnablement acceptable dans le ressort en cause selon le cadre d'analyse prévu dans *Morin* qui prévalait avant le prononcé de la présente décision, ce retard institutionnel sera un des éléments du délai raisonnable nécessaire de la cause pour les affaires déjà en cours d'instance.

En l'espèce, le délai total qui s'est écoulé entre le dépôt des accusations et la fin du procès a été de 49 mois et demi. Comme l'a conclu le juge du procès, J a renoncé à

changed counsel shortly before the trial was set to begin, necessitating an adjournment. In addition, one and a half months of the delay were caused solely by J for the adjournment of the preliminary inquiry because his counsel was unavailable for closing submissions on the last day. This leaves a remaining delay of 44 months, an amount that vastly exceeds the presumptive ceiling of 30 months in the superior court. The Crown has failed to discharge its burden of demonstrating that the delay of 44 months (excluding defence delay) was reasonable. While the case against J may have been moderately complex given the amount of evidence and the number of co-accused, it was not so exceptionally complex that it would justify such a delay.

Nor does the transitional exceptional circumstance justify the delay in this case. Since J's charges were brought prior to the release of this decision, the Crown was operating without notice of the new framework within a jurisdiction with some systemic delay issues. But a total delay of 44 months (excluding defence delay), of which the vast majority was either Crown or institutional delay, in an ordinary dial-a-dope trafficking prosecution is simply unreasonable regardless of the framework under which the Crown was operating. Therefore, it cannot be said that the Crown's reliance on the previous state of the law was reasonable. While the Crown did make some efforts to bring the matter to trial more quickly, these efforts were too little and too late. And the systemic delay problems that existed at the time cannot justify the delay either. Much of the institutional delay could have been avoided had the Crown proceeded on the basis of a more reasonable plan by more accurately estimating the amount of time needed to present its case. To the extent that the trial judge held that this delay was reasonable, he erred.

All the parties were operating within the culture of complacency towards delay that has pervaded the criminal justice system in recent years. Broader structural and procedural changes, in addition to day-to-day efforts, are required to maintain the public's confidence by delivering justice in a timely manner. Ultimately, all participants in the justice system must work in concert to achieve speedier trials. After all, everyone stands to benefit from these

invoquer une période de quatre mois lorsqu'il a changé d'avocat peu de temps avant le début du procès, ce qui a nécessité un ajournement. En outre, un mois et demi du retard est exclusivement attribuable à J pour l'ajournement de l'enquête préliminaire parce que son avocat n'était pas disponible pour présenter ses observations finales la dernière journée. Il reste donc un délai de 44 mois, soit un délai qui excède considérablement le plafond présumé fixé à 30 mois pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que le délai de 44 mois (excluant le délai attribuable à la défense) était raisonnable. Si le dossier opposé à J a pu être modérément complexe compte tenu de la somme d'éléments de preuve et du nombre de coaccusés, il n'était pas exceptionnellement complexe au point de justifier pareil délai.

L'application d'une mesure transitoire exceptionnelle ne justifie pas non plus le délai en l'espèce. Puisque les accusations contre J ont été portées avant le prononcé de la présente décision, le ministère public agissait sans connaissance du nouveau cadre d'analyse dans un ressort aux prises avec certains problèmes de retard systémique. Un total de 44 mois (excluant le délai attribuable à la défense) dont la majeure partie était imputable au ministère public ou d'ordre institutionnel pour une poursuite ordinaire pour vente de drogue sur appel est néanmoins tout simplement déraisonnable, quel qu'ait été le cadre d'analyse suivant lequel agissait le ministère public. On ne peut donc affirmer que le ministère public s'est fié d'une manière qui soit raisonnable à l'état du droit qui prévalait auparavant. Même si le ministère public a fait certains efforts pour que le procès se tienne plus rapidement, c'était trop peu trop tard. Les problèmes de retard systémique vécus à l'époque ne sauraient non plus justifier le temps qu'il a fallu pour instruire la cause. Le délai institutionnel aurait pu être évité en bonne partie si le ministère public avait procédé sur la base d'un plan plus raisonnable en estimant avec plus d'exactitude le temps qu'il lui fallait pour présenter sa preuve. Le juge du procès a commis une erreur en concluant que, en l'espèce, le délai était raisonnable.

Toutes les parties travaillaient dans une culture de complaisance à l'égard des délais qui s'est répandue dans le système de justice criminelle ces dernières années. Pour permettre aux tribunaux de maintenir la confiance du public en rendant justice en temps utile, il faut apporter des changements structurels et procéduraux supplémentaires au système en plus de fournir des efforts quotidiens. En fin de compte, tous les participants

efforts. Timely trials are possible. More than that, they are constitutionally required.

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Wagner and Gascon JJ.: This Court's jurisprudence for dealing with alleged breaches of s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* over the last 30 years supplies a clear answer to this appeal. Striking out in the completely new direction adopted by the majority is unnecessary. A reasonable time for trial under s. 11(*b*) cannot and should not be defined by numerical ceilings, as the majority concludes.

The right to be tried in a reasonable time is multi-factored, fact-sensitive, and case-specific; its application to specific cases is unavoidably complex. The relevant factors and general approach set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, respond to these complexities. With modest adjustments to make the analysis more straightforward and with some additional clarification, a revised *Morin* framework will continue to ensure that the constitutional right of accused persons to be tried in a reasonable time is defined and applied in a way that appropriately balances the many relevant considerations. In order to do so, the *Morin* considerations should be regrouped under four main analytical steps.

First, the accused must establish that there is a basis for the s. 11(*b*) inquiry. The court should look to the overall period between the charge and the completion of the trial to determine whether its length merits further inquiry.

Second, the court must determine on an objective basis what would be a reasonable time for the disposition of a case like the one under review — that is, how long a case of this nature should reasonably take. The objective standard of reasonableness has two components: institutional delay and inherent time requirements of the case. Both of these periods of time are to be determined objectively. The acceptable period of institutional delay is the period that is reasonably required for the court to be ready to hear the case once the parties are ready to proceed, and is determined in accordance with the administrative guidelines for institutional delay set out by this Court in *Morin*: eight to ten months before the provincial

au système de justice doivent travailler de concert pour accélérer le déroulement des procès. Après tout, c'est l'ensemble de la société qui bénéficiera de ces efforts. Instruire les procès en temps utile est possible. Mais plus encore, la Constitution l'exige.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Wagner et Gascon : La jurisprudence élaborée par la Cour au cours des 30 dernières années pour traiter des allégations de violation de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet de répondre clairement à la question posée par le présent pourvoi. Il n'est pas nécessaire d'aller dans la direction entièrement nouvelle empruntée par les juges majoritaires. Le délai raisonnable pour juger un accusé, au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11*b*), ne peut ni ne devrait être défini par des plafonds numériques, comme le concluent les juges majoritaires.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est fonction de nombreux facteurs, des faits et des particularités de chaque cas; son application à une affaire donnée est inévitablement complexe. Les facteurs pertinents et l'approche générale décrits dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, tiennent compte de cette complexité. Sous réserve de quelques rajustements pour simplifier l'analyse et de certains éclaircissements supplémentaires, le cadre de l'arrêt *Morin* révisé permettra de continuer de veiller à ce que la définition et l'application du droit constitutionnel de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable mettent comme il se doit en balance les nombreux facteurs pertinents. Pour ce faire, il y a lieu de regrouper les facteurs énumérés dans *Morin* en quatre grandes étapes analytiques.

Premièrement, l'accusé doit nécessairement faire la preuve de l'opportunité de procéder à une analyse fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte*. Le tribunal doit examiner l'ensemble de la période écoulée entre le dépôt des accusations et la clôture du procès pour décider si le temps qu'il a fallu justifie un examen plus approfondi.

Deuxièmement, le tribunal doit déterminer ce qui, objectivement, constituerait une durée de procès raisonnable dans le cas d'une affaire comme celle qui fait l'objet de l'examen, c'est-à-dire combien de temps devrait raisonnablement prendre une cause de même nature. La norme objective du caractère raisonnable comporte deux volets : le délai institutionnel et le délai inhérent au dossier. Ces deux délais doivent être établis de façon objective. Le délai institutionnel acceptable correspond au temps dont le tribunal a raisonnablement besoin pour être prêt à instruire l'affaire, une fois que les parties sont prêtes pour le procès. Il est déterminé selon les lignes directrices administratives applicables à ce type de délais que la Cour a énoncées dans

courts and six to eight months before the superior courts. These guidelines set some rough limits on the point at which inadequacy of state resources will be accepted as an excuse. The guidelines should not be understood as precluding allowance for any sudden and temporary strain on resources that causes a temporary congestion in the courts. The inherent time requirements of a case, on the other hand, represent the period of time that is reasonably required for the parties to be ready to proceed and to conclude the trial for a case similar in nature to the one before the court, and are to be determined on the basis of judicial experience, supplemented by submissions of counsel and evidence. In estimating a reasonable time period, the court should also take into account the liberty interests of the accused.

Third, the court must consider how much of the actual delay in the case counts against the state. This is done by subtracting the periods attributable to the defence, including any waived time periods, from the overall period of delay. When the accused consents to a date for trial offered by the court or to an adjournment sought by the Crown, that consent, without more, does not amount to waiver. The onus is on the Crown to demonstrate that this period is waived, that is, that the accused's conduct reveals something more than mere acquiescence in the inevitable, and that it meets the high bar of being clear, unequivocal, and informed acceptance. Delay resulting from unreasonable actions solely attributable to the accused must also be subtracted from the period for which the state is responsible, such as last-minute changes in counsel or adjournments flowing from a lack of diligence. It is also necessary to subtract from the actual delay any periods that, although not fairly attributable to the defence, are nonetheless not fairly counted against the state, including unavoidable delays due to inclement weather or illness of a trial participant.

Fourth, the court must determine whether the actual period of time that fairly counts against the state exceeds the reasonable time by more than can be justified on any acceptable basis. Where the actual time exceeds what would have been reasonable for a case of that nature, the result will be a finding of unreasonable delay unless

l'arrêt *Morin*, en l'occurrence, de huit à dix mois pour les instances qui se déroulent devant une cour provinciale et de six à huit mois pour celles qui se déroulent devant une cour supérieure. Ces lignes directrices établissent des limites approximatives en deçà desquelles l'insuffisance des ressources de l'État sera considérée comme une excuse acceptable. L'interprétation des lignes directrices devrait permettre de tenir compte de toute pression soudaine et temporaire sur les ressources qui cause un engorgement passager des tribunaux. En revanche, le délai inhérent à l'affaire correspond au délai raisonnablement nécessaire pour que les parties soient prêtes à procéder à l'instruction et pour mener l'affaire jusqu'à son dénouement, dans un dossier d'une nature semblable à celle du dossier dont la cour est saisie. Il est calculé en fonction de l'expérience judiciaire, complétée par les observations des avocats et par des éléments de preuve. Pour estimer une période de temps raisonnable, le tribunal devrait également tenir compte du droit à la liberté de la personne garanti à l'accusé.

Troisièmement, le tribunal doit se demander quelle portion du délai est imputable à l'État. Pour ce faire, il soustrait toute période attribuable à la défense — y compris les périodes qu'elle a renoncé à invoquer — de la totalité du délai. Lorsque l'accusé donne son consentement à la date de procès proposée par le tribunal ou à un ajournement réclamé par le ministère public, ce consentement, s'il est isolé, ne constitue pas une renonciation. Il incombe au ministère public de démontrer que l'accusé a renoncé à invoquer ce délai. Le ministère public doit prouver que, par sa conduite, l'accusé a signifié qu'il ne s'agissait pas de sa part d'une simple reconnaissance de l'inévitable. Ensuite, il doit satisfaire au critère rigoureux qui l'oblige à établir que l'accusé a accepté le délai de façon claire, non équivoque et éclairée. Les délais résultant de mesures déraisonnables imputables uniquement aux agissements de l'accusé doivent aussi être soustraits de la période dont l'État est responsable, comme les changements d'avocats survenus à la dernière minute ou les ajournements résultant d'un manque de diligence. Il est également nécessaire de soustraire du temps effectivement écoulé toute période qui, bien qu'elle ne soit pas légitimement imputable à la défense, ne peut néanmoins être reprochée légitimement non plus à l'État, y compris les délais inévitables attribuables aux intempéries ou à la maladie d'un des participants au procès.

Quatrièmement, le tribunal doit déterminer si la période qui peut légitimement être imputée à l'État excède le délai raisonnable d'une période plus longue que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable. Lorsque le temps qui s'est réellement écoulé excède ce qui aurait été raisonnable pour une cause de même nature, il faut

the Crown can show that the delay was justified. Even substantial excess delay may be justified and therefore reasonable where, for example, there is a particularly strong societal interest in the prosecution proceeding on its merits, or where the delay results from temporary and extraordinary pressures on counsel or the court system. However, it does not follow that in these conditions the excess period is invariably justified. The accused still may be able to demonstrate actual prejudice. Although actual prejudice need not be proved to find an infringement of s. 11(*b*), its presence would make unreasonable (in the particular circumstances of the case) a delay that might otherwise be objectively viewed as reasonable. As a result, justification may be found to be lacking.

Under this revised *Morin* framework, any delay in excess of the reasonable time requirements and any actual prejudice arising from the overall delay must be evaluated in light of societal interests: on one hand, fair treatment and prompt trial of accused persons and, on the other, determination of cases on their merits. If there are exceptionally strong societal interests in the prosecution of a case against an accused which substantially outweigh the societal interest and the interest of the accused person in prompt trials, these can serve as an acceptable basis upon which exceeding the inherent and institutional requirements of a case can be justified.

This approach is a slight reorientation of the *Morin* framework because the focus is more explicitly on the period of delay which exceeds what would have been reasonable. But there is no change in principle.

Applying these four steps of the revised *Morin* framework in this case, J's constitutional right to be tried within a reasonable time was violated. The 49.5-month delay from the charges to the end of the scheduled trial date is sufficient to trigger an inquiry into whether the delay is unreasonable. There were 10.5 months of inherent delay and 18 months of institutional delay. These findings make it appropriate to conclude that the reasonable time requirements for a case of this nature were 28.5 months. The case in fact took 49.5 months. The difference is 21 months. Of that, 4 months are attributable to the defence. The rest — a period of 17 months

conclure au caractère déraisonnable du délai, à moins que le ministère public puisse démontrer que ce dernier était justifié. Même les excédents importants peuvent se justifier, et donc être jugés raisonnables lorsque, par exemple, l'intérêt de la société à ce que le dossier soit jugé au fond est particulièrement élevé ou lorsque le délai résulte de pressions temporaires et exceptionnelles sur les avocats ou sur le système judiciaire. Cependant, on ne peut en conclure que, dans ces conditions, la période excédentaire sera systématiquement justifiée. L'accusé peut tout de même prouver qu'il a réellement subi un préjudice. Même s'il n'est pas nécessaire qu'un tel préjudice soit mis en preuve pour que le tribunal conclue à une violation de l'al. 11*b*), sa présence peut (dans les circonstances particulières de la cause) rendre déraisonnable un délai qui, autrement, pourrait être objectivement jugé raisonnable. Par conséquent, le tribunal pourra conclure à l'absence de justification.

Selon ce cadre de l'arrêt *Morin* révisé, le délai excédant le temps qui aurait raisonnablement été nécessaire pour juger l'affaire et le préjudice qu'a réellement subi l'accusé en raison du délai général doivent être évalués en fonction de l'intérêt qu'a la société, d'une part, à ce que les accusés soient jugés rapidement et équitablement et, d'autre part, à ce que les causes soient jugées au fond. Si la société a un intérêt particulièrement pressant à ce que l'accusé soit traduit en justice et que cet intérêt l'emporte nettement sur celui de la société et de l'accusé à ce que le procès ait lieu rapidement, cet intérêt pressant peut être considéré comme une raison acceptable justifiant un délai plus long que les délais inhérent et institutionnel propres à l'affaire.

Cette démarche intellectuelle se veut une légère réorientation du cadre d'analyse prescrit par l'arrêt *Morin* parce qu'il met l'accent plus explicitement sur la portion du délai qui excède ce qui aurait été raisonnable. Cette nouvelle approche ne constitue pas pour autant un changement de principe.

Appliquant en l'espèce ces quatre volets du cadre d'analyse de l'arrêt *Morin* révisé, il est conclu que le droit constitutionnel de J d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé. Le délai de 49 mois et demi écoulé entre le dépôt des accusations et la date prévue de la fin du procès suffit pour justifier l'examen du caractère raisonnable ou non du délai. Le délai inhérent était de 10 mois et demi et le délai institutionnel était de 18 mois. Vu ces conclusions, il y a lieu de conclure que c'est un délai de 28 mois et demi qui aurait été raisonnable pour juger une affaire comme la présente espèce. Or, c'est en réalité 49 mois et demi qu'il a fallu pour le faire. Cela correspond à un écart de 21 mois.

— counts against the state. In other words, this case took almost a year and a half longer than what would be a reasonable period to prosecute a case of this nature. This is not a close case. The time to the end of trial greatly exceeds what would be a reasonable time to prosecute a similar case. While there are societal interests in the trial on the merits of the serious drug crimes alleged against J, these cannot make reasonable the grossly excessive time that it took society to bring him to trial.

In contrast, the majority's new framework is not an appropriate approach to interpreting and applying the s. 11(*b*) right, for several reasons. First, the new approach reduces reasonableness to numerical ceilings. Reasonableness cannot be judicially defined with precision or captured by a number. As well, the majority's judicially created ceilings largely uncouple the right to be tried within a reasonable time from the bedrock constitutional requirement of reasonableness, which is the core of the right.

Moreover, this approach unjustifiably diminishes the right to be tried within a reasonable time. When the elapsed time is below the ceiling, an accused would have to show not only that the case took markedly longer than it reasonably should have but also that he or she took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings. This requirement has no bearing on whether the delay was unreasonable.

The majority's approach also exceeds the proper role of the Court. Creating fixed or presumptive ceilings is a task better left to legislatures. The ceilings place new limits on the exercise of the s. 11(*b*) right to a trial within a reasonable time for reasons of administrative efficiency that have nothing to do with whether the delay in a given case was or was not excessive. This is inconsistent with the judicial role.

As well, the ceilings have no support in the record in this case. What evidence there is in the record suggests that it would be unwise to establish these sorts of ceilings. For the vast majority of cases, the ceilings are so high that they risk being meaningless. They are unlikely

De cette période, 4 mois sont attribuables à la défense. Le reste — soit une période de 17 mois — est imputable à l'État. Autrement dit, la présente affaire a duré presque un an et demi de plus que ce qui aurait été raisonnable pour instruire le procès dans une cause de même nature. Il ne s'agit pas d'un cas limite. En effet, le délai qu'il a fallu pour traduire l'accusé en justice a été de loin supérieur à celui qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger une affaire semblable. Bien qu'il soit dans l'intérêt de la société qu'il y ait un procès au fond pour les crimes graves relatifs aux stupéfiants reprochés à J, cet intérêt ne saurait rendre raisonnable le délai manifestement excessif qu'il a fallu à la société pour le juger.

Par contre, le nouveau cadre proposé par les juges majoritaires n'est pas la bonne manière d'interpréter ou d'appliquer le droit garanti par l'al. 11*b*), et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, la nouvelle approche ramène la question du caractère raisonnable à des plafonds numériques. Le caractère raisonnable est un concept qui ne peut être défini avec précision par les tribunaux et qu'on ne peut ramener à une valeur numérique. En outre, les plafonds que la majorité propose de créer par voie judiciaire dissocient en grande partie le droit d'être jugé dans un délai raisonnable de l'exigence constitutionnelle fondamentale du caractère raisonnable qui est au cœur de ce droit.

Cette approche restreint en outre de manière injustifiable le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Lorsque le temps écoulé sera inférieur au plafond fixé, l'accusé sera tenu de démontrer non seulement que l'affaire a duré beaucoup plus longtemps que ce qu'elle aurait raisonnablement dû, mais également qu'il a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance. Cette exigence n'a aucune incidence sur la question de savoir si le délai a été déraisonnable.

L'approche des juges majoritaires outrepasse également le rôle dévolu à la Cour. La décision de créer des plafonds fixes ou présumés est une tâche qu'il vaut mieux laisser au législateur. Les plafonds assortissent de nouvelles restrictions l'exercice du droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) pour des raisons d'efficacité administrative qui n'ont rien à voir avec la question du caractère excessif ou non du délai dans un cas déterminé. L'imposition de tels plafonds est incompatible avec le rôle dévolu aux tribunaux.

De plus, le dossier en l'espèce n'appuie pas l'établissement des plafonds. Les éléments de preuve versés au dossier donnent en fait à penser qu'il serait imprudent de fixer ce type de plafonds. Dans la grande majorité des cas, les plafonds sont tellement élevés qu'ils risquent de

to address the culture of delay that is said to exist and are more likely to feed such a culture.

The majority's approach also risks negative consequences for the administration of justice. The presumptive ceilings are unlikely to improve the pace at which the vast majority of cases move through the system. As well, if this new framework were applied immediately, the majority's transitional provisions would not avoid the risk of thousands of judicial stays.

Moreover, the increased simplicity which is said to flow from the majority's new framework is likely illusory. Even if creating ceilings were an appropriate task for the courts and even if there were an appropriate evidentiary basis for them, there is little reason to think these ceilings would avoid the complexities inherent in deciding whether a particular delay is unreasonable. The majority's framework simply moves the complexities of the analysis to a new location: deciding whether to rebut the presumption that a delay is unreasonable if it exceeds the ceiling in particular cases.

Ultimately, the majority's new framework casts aside three decades of the Court's jurisprudence when no participant in the appeal called for such a wholesale change, has not been the subject of adversarial scrutiny or debate, and risks thousands of judicial stays. In short, the new framework is wrong in principle and unwise in practice.

Cases Cited

By Moldaver, Karakatsanis and Brown JJ.

Overruled: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; **referred to:** *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Pidskalny*, 2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Elliott* (2003), 114 C.R.R. (2d) 1; *R. v. Vassell*, 2016 SCC 26, [2016] 1 S.C.R. 625; *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015]

perdre tout leur sens. Ils risquent de ne contribuer d'aucune façon à pallier le problème de la soi-disant culture des délais. En fait, des plafonds aussi élevés risquent davantage d'alimenter une telle culture.

L'approche des juges majoritaires risque aussi d'entraîner des conséquences néfastes pour l'administration de la justice. Il est improbable que les plafonds présumés accélèrent le traitement de l'immense majorité des affaires judiciaires. En outre, si ce nouveau cadre était appliqué immédiatement, les dispositions transitoires proposées par les juges majoritaires ne permettraient pas d'éviter le risque que des milliers d'arrêts des procédures soient ordonnés par les tribunaux.

De plus, la simplicité accrue qui découlerait soi-disant du nouveau cadre proposé par les juges majoritaires est vraisemblablement illusoire. Même si la création de plafonds entrait dans les attributions des tribunaux et que la preuve présentée en l'espèce la justifiait, il y a peu de raison de penser que ces plafonds permettraient d'éviter les complexités inhérentes à l'obligation de décider si un délai particulier est déraisonnable. Le cadre élaboré par les juges majoritaires ne fait que déplacer la complexité de l'analyse : une décision sur l'opportunité de réfuter, dans des cas particuliers, la présomption selon laquelle un délai est déraisonnable s'il excède le plafond.

En fin de compte, le nouveau cadre proposé par les juges majoritaires met au rencart une trentaine d'années de jurisprudence de la Cour alors qu'aucun des participants au présent pourvoi n'a réclamé une telle transformation radicale de notre droit, que ce cadre n'a fait l'objet ni d'un débat contradictoire ni d'une analyse de la part des parties et qu'il risque d'entraîner des milliers d'arrêts des procédures ordonnés par les tribunaux. Bref, le nouveau cadre est erroné sur le plan théorique et peu judicieux sur le plan pratique.

Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown

Arrêt renversé : *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; **arrêts mentionnés :** *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Pidskalny*, 2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Elliott* (2003), 114 C.R.R. (2d) 1; *R. c. Vassell*, 2016 CSC 26, [2016] 1 R.C.S. 625; *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83; *R. c. Rodgerson*, 2015

2 S.C.R. 760; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *R. v. Omar*, 2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493; *R. v. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74.

By Cromwell J.

Applied: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, aff'g (1990), 55 C.C.C. (3d) 209; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73; *R. v. Sharma*, [1992] 1 S.C.R. 814; *R. v. Brassard*, [1993] 4 S.C.R. 287; *R. v. Nuosci*, [1993] 4 S.C.R. 283; *R. v. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74; *Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(*b*), 11(*b*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 561.
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 14(3)(c).
Magna Carta (1215), clause 40.
Speedy Trial Act of 1974, 18 U.S.C. § 3161 (2012).

Authors Cited

Alberta Justice and Solicitor General. Criminal Justice Division. "Injecting a Sense of Urgency: A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases", report by Greg Lepp, April 2013 (online: https://justice.alberta.ca/programs_services/criminal_pros/Documents/InjectingSenseUrgency.pdf).

Amsterdam, Anthony G. "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525.

B.C. Justice Reform Initiative. *A Criminal Justice System for the 21st Century: Final Report to the Minister of Justice and Attorney General Honourable Shirley Bond*, report by D. Geoffrey Cowper, Q.C., Chair. Victoria: The Initiative, 2012.

CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *R. c. Omar*, 2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493; *R. c. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74.

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, conf. (1990), 55 C.C.C. (3d) 209; **arrêts mentionnés :** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73; *R. c. Sharma*, [1992] 1 R.C.S. 814; *R. c. Brassard*, [1993] 4 R.C.S. 287; *R. c. Nuosci*, [1993] 4 R.C.S. 283; *R. c. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74; *Beavers c. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10*b*), 11*b*).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 561.
Magna Carta (1215), clause 40.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 14(3)c).
Speedy Trial Act of 1974, 18 U.S.C. § 3161 (2012).

Doctrine et autres documents cités

Alberta Justice and Solicitor General. Criminal Justice Division. « Injecting a Sense of Urgency : A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases », report by Greg Lepp, April 2013 (online : https://justice.alberta.ca/programs_services/criminal_pros/Documents/InjectingSenseUrgency.pdf).

Amsterdam, Anthony G. « Speedy Criminal Trial : Rights and Remedies » (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525.

B.C. Justice Reform Initiative. *A Criminal Justice System for the 21st Century : Final Report to the Minister of Justice and Attorney General Honourable Shirley Bond*, report by D. Geoffrey Cowper, Q.C., Chair, Victoria, The Initiative, 2012.

British Columbia. Provincial Court. "Justice Delayed: A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources", September 14, 2010 (online: www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Justice_Delayed_-_A_Report_of_the_Provincial_Court_of_British_Columbia_Concerning_Judicial_Resource.pdf).

British Columbia. Provincial Court. "The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015" (online: www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Time%20to%20Trial%20-%20Update%20(as%20at%20March%2031,%202015).pdf).

Canada. Department of Justice. "The Final Report on Early Case Consideration of the Steering Committee on Justice Efficiencies and Access to the Justice System", 2006 (online: www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/esc-cde/).

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 67. *Trial Within a Reasonable Time: A Working Paper Prepared for the Law Reform Commission of Canada*. Ottawa: Canada Communication Group, 1994.

Code, Michael A. *Trial Within a Reasonable Time: A Short History of Recent Controversies Surrounding Speedy Trial Rights in Canada and the United States*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Hill, Casey, and Jeremy Tatum. "Re-Chartering an Old Course Rather than Staying Anew in Remedying Unreasonable Delay under the Charter", paper presented at the Crown Defence Conference, Winnipeg, September 2012 (online: www.crowndefence.ca/wp-content/uploads/2011/05/Justice-Casey-Hill_Remedying-Unreasonable-Delay1.pdf).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

Hopwood, Shon. "The Not So Speedy Trial Act" (2014), 89 *Wash. L. Rev.* 709.

LaFave, Wayne R., et al. *Criminal Procedure*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009.

Lamer, Antonio. "The Role of Judges", address to the Empire Club of Canada, 1995 (online: http://speeches.empireclub.org/61076/data?n=1).

LeSage, Patrick J., and Michael Code. *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures*. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2008.

McLachlin, Beverley. "The Challenges We Face" (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 819.

Ruby, Clayton C. "Trial Within a Reasonable Time under Section 11(b): the Ontario Court of Appeal

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 67. *La tenue du procès dans un délai raisonnable : un document de travail préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1994.

Canada. Ministère de la Justice. « Rapport final sur l'examen prioritaire des dossiers du comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice », 2006 (en ligne : www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/cde-esc/).

Code, Michael A. *Trial Within a Reasonable Time : A Short History of Recent Controversies Surrounding Speedy Trial Rights in Canada and the United States*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1992.

Colombie-Britannique. Provincial Court. « Justice Delayed : A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources », September 14, 2010 (online : www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Justice_Delayed_-_A_Report_of_the_Provincial_Court_of_British_Columbia_Concerning_Judicial_Resource.pdf).

Colombie-Britannique. Provincial Court. « The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015 » (online : www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Time%20to%20Trial%20-%20Update%20(as%20at%20March%2031,%202015).pdf).

Commission de Venise (Commission européenne pour la démocratie par le droit). *Can excessive length of proceedings be remedied?* Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007.

Hill, Casey, and Jeremy Tatum. « Re-Chartering an Old Course Rather than Staying Anew in Remedying Unreasonable Delay under the Charter », paper presented at the Crown Defence Conference, Winnipeg, September 2012 (online : www.crowndefence.ca/wp-content/uploads/2011/05/Justice-Casey-Hill_Remedying-Unreasonable-Delay1.pdf).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

Hopwood, Shon. « The Not So Speedy Trial Act » (2014), 89 *Wash. L. Rev.* 709.

LaFave, Wayne R., et al. *Criminal Procedure*, 5th ed., St. Paul (Minn.), West, 2009.

Lamer, Antonio. « The Role of Judges », address to the Empire Club of Canada, 1995 (online : http://speeches.empireclub.org/61076/data?n=1).

LeSage, Patrick J., et Michael Code. *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes*, Toronto, ministère du Procureur général de l'Ontario, 2008.

Disconnects from the Supreme Court" (2013), 2 C.R. (7th) 91.

Venice Commission (European Commission for Democracy through Law). *Can excessive length of proceedings be remedied?* Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2007.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, MacKenzie and Stromberg-Stein JJ.A.), 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137, 611 W.A.C. 137, 313 C.R.R. (2d) 1, [2014] B.C.J. No. 1263 (QL), 2014 CarswellBC 1760 (WL Can.), affirming a decision of Verhoeven J., 2012 BCSC 1735, [2012] B.C.J. No. 2448 (QL), 2012 CarswellBC 3655 (WL Can.). Appeal allowed.

Eric V. Gottardi and *Tony C. Paisana*, for the appellant.

Croft Michaelson, *Q.C.*, and *Peter R. LaPrairie*, for the respondent.

Jolaine Antonio, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Tim A. Dickson and *Martin Twigg*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Frank Addario and *Erin Dann*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ. was delivered by

MOLDAVER, KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

I. Introduction

[1] Timely justice is one of the hallmarks of a free and democratic society. In the criminal law context, it takes on special significance. Section 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* attests to this, in that it guarantees the right of accused persons "to be tried within a reasonable time".

McLachlin, Beverley. « The Challenges We Face » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 819.

Ruby, Clayton C. « Trial Within a Reasonable Time under Section 11(b) : the Ontario Court of Appeal Disconnects from the Supreme Court » (2013), 2 C.R. (7th) 91.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, MacKenzie et Stromberg-Stein), 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137, 611 W.A.C. 137, 313 C.R.R. (2d) 1, [2014] B.C.J. No. 1263 (QL), 2014 CarswellBC 1760 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Verhoeven, 2012 BCSC 1735, [2012] B.C.J. No. 2448 (QL), 2012 CarswellBC 3655 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Eric V. Gottardi et *Tony C. Paisana*, pour l'appelant.

Croft Michaelson, *c.r.*, et *Peter R. LaPrairie*, pour l'intimée.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Tim A. Dickson et *Martin Twigg*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Frank Addario et *Erin Dann*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown rendu par

LES JUGES MOLDAVER, KARAKATSANIS ET BROWN —

I. Introduction

[1] La justice rendue en temps utile est l'une des caractéristiques d'une société libre et démocratique. Elle revêt une importance particulière en matière criminelle. L'alinéa 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en est la preuve, puisqu'il garantit à l'inculpé le droit « d'être jugé dans un délai raisonnable ».

[2] Moreover, the Canadian public expects their criminal justice system to bring accused persons to trial expeditiously. As the months following a criminal charge become years, everyone suffers. Accused persons remain in a state of uncertainty, often in pre-trial detention. Victims and their families who, in many cases, have suffered tragic losses cannot move forward with their lives. And the public, whose interest is served by promptly bringing those charged with criminal offences to trial, is justifiably frustrated by watching years pass before a trial occurs.

[3] An efficient criminal justice system is therefore of utmost importance. The ability to provide fair trials within a reasonable time is an indicator of the health and proper functioning of the system itself. The stakes are indisputably high.

[4] Our system, however, has come to tolerate excessive delays. The circumstances in this appeal are illustrative. Notwithstanding a delay of over four years in bringing a drug case of modest complexity to trial, both the trial judge and the Court of Appeal were of the view that the appellant was tried within a reasonable time. Their analyses are reflective of doctrinal and practical difficulties plaguing the current analytical framework governing s. 11(*b*). These difficulties have fostered a culture of complacency within the system towards delay.

[5] A change of direction is therefore required. Below, we set out a new framework for applying s. 11(*b*). At the centre of this new framework is a presumptive ceiling on the time it should take to bring an accused person to trial: 18 months for cases going to trial in the provincial court, and 30 months for cases going to trial in the superior court. Of course, given the contextual nature of reasonableness, the framework accounts for case-specific factors both above and below the presumptive ceiling. This framework is intended to focus the s. 11(*b*) analysis on the issues that matter and encourage all participants in the criminal justice system to cooperate in achieving reasonably prompt justice,

[2] La population canadienne s'attend en outre à ce que son système de justice criminelle juge les inculpés de manière diligente. Quand les mois suivant une inculpation au criminel deviennent des années, tout le monde en pâtit. Les inculpés demeurent dans l'incertitude et souvent détenus avant leur procès. Les victimes et leurs familles, qui dans bien des cas ont subi des pertes tragiques, ne peuvent tourner la page. Le public, quant à lui, dont l'intérêt est servi lorsque les inculpés sont traduits rapidement en justice, est frustré avec raison de voir des années passer avant la tenue d'un procès.

[3] L'efficacité du système de justice criminelle est donc de la plus haute importance. La capacité de tenir des procès équitables dans un délai raisonnable est indicative de la santé et du bon fonctionnement du système lui-même. Les enjeux sont indubitablement élevés.

[4] Notre système en est cependant venu à tolérer les délais excessifs, comme en font foi les circonstances du présent pourvoi. Même s'il a fallu plus de quatre ans aux autorités pour porter une affaire de drogue moyennement complexe devant les tribunaux, tant le juge du procès que la Cour d'appel ont estimé que l'appelant avait été jugé dans un délai raisonnable. Leurs analyses respectives traduisent les difficultés sur les plans théorique et pratique qui pèsent sur le test actuel applicable aux demandes fondées sur l'al. 11*b*). Ces difficultés ont fait naître au sein du système une culture de complaisance vis-à-vis des délais.

[5] Un changement d'orientation s'impose donc. Nous exposerons ci-après un nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'al. 11*b*). Au cœur de ce nouveau cadre se trouve un plafond présumé quant au temps maximal que cela devrait prendre pour traduire un inculpé en justice : 18 mois pour les procès instruits devant une cour provinciale et 30 mois pour ceux instruits devant une cour supérieure. Bien entendu, compte tenu de la nature contextuelle du caractère raisonnable, le cadre d'analyse prend en considération des facteurs propres à chaque cas, que le délai ait été supérieur ou inférieur au plafond. Il vise par ailleurs à faire en sorte que l'analyse d'une demande fondée sur

with a view to fulfilling s. 11(*b*)'s important objectives.

[6] Applying this new framework, including its transitional features, we conclude that the appellant was not brought to trial within a reasonable time. We would allow the appeal, set aside his convictions and direct a stay of proceedings.

II. Facts

[7] The appellant, Mr. Jordan, was arrested in December 2008 following an RCMP investigation into a "dial-a-dope" operation in Langley and Surrey, British Columbia. He was eventually charged with nine other co-accused on a 14-count information alleging various offences relating to possession and trafficking. Mr. Jordan remained in custody until February 2009, when he was released under strict house arrest and other restrictive bail conditions.

[8] The 10 co-accused made numerous appearances through the early months of 2009 as they obtained counsel, made their elections, and coordinated schedules. By May 2009, all counsel had agreed that the preliminary inquiry would require approximately four days, and it was eventually set for May 13, 14, 17 and 18, 2010. Several of the co-accused entered guilty pleas or were severed from the information. By the time the preliminary inquiry commenced, there were five co-accused left on the information, including Mr. Jordan.

[9] At the preliminary inquiry, it quickly became apparent that the initial time estimate of four days was too low. Crown counsel advised the preliminary inquiry judge that the Crown would be able to present all of the evidence against the four co-accused, but that the Crown would require significantly more

l'al. 11*b*) se concentre sur les questions qui importent et à inciter tous les participants au système de justice criminelle à collaborer pour que l'administration de la justice soit raisonnablement prompte afin de réaliser les objectifs importants visés par l'al. 11*b*).

[6] Après avoir appliqué ce nouveau cadre, y compris ses modalités transitoires, nous concluons que l'appelant n'a pas été traduit en justice dans un délai raisonnable. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner l'arrêt des procédures.

II. Faits

[7] L'appelant, M. Jordan, a été arrêté en décembre 2008, à la suite d'une enquête menée par la GRC sur une opération de « vente de drogue sur appel » à Langley et à Surrey, en Colombie-Britannique. Il a par la suite été inculpé en compagnie de neuf coaccusés dans une dénonciation comportant 14 chefs d'accusation leur reprochant plusieurs infractions relatives à la possession et au trafic de drogues. M. Jordan a été détenu jusqu'en février 2009, lorsqu'il a été libéré sous réserve de conditions strictes de détention à domicile et d'autres conditions restrictives de mise en liberté sous caution.

[8] Les 10 coaccusés ont comparu à maintes reprises durant les premiers mois de 2009, période pendant laquelle ils ont obtenu les services d'un avocat, choisi leur mode de procès et coordonné les horaires. Au mois de mai 2009, tous les avocats avaient convenu que l'enquête préliminaire allait durer environ quatre jours, et il a finalement été prévu qu'elle se déroulerait les 13, 14, 17 et 18 mai 2010. Plusieurs des coaccusés ont plaidé coupables ou vu leur nom être retiré de la dénonciation. À l'ouverture de l'enquête préliminaire, cinq coaccusés, dont M. Jordan, étaient toujours visés par la dénonciation.

[9] À l'enquête préliminaire, il est vite devenu évident que l'estimation initiale de quatre jours était insuffisante. Le procureur du ministère public a informé le juge présidant l'enquête préliminaire que le ministère public serait en mesure de produire toute la preuve pesant contre quatre des coaccusés, mais

court time to present the "mountain of evidence" it had in respect of Mr. Jordan. The parties sought and obtained continuation dates throughout 2010 and into 2011. In May 2011, Mr. Jordan (along with two co-accused) was committed to stand trial on all 14 counts. The preliminary inquiry — which ended up taking nine days of court time — had taken a full year to complete. It was now two and a half years since Mr. Jordan had been charged.

[10] Following committal, the matter moved to the British Columbia Supreme Court. Crown counsel estimated that six weeks would be required for trial, and the trial was set for the first available six-week block — in September 2012. A new Crown counsel took over the file in July 2011, and wrote to Mr. Jordan's counsel advising of her estimate that only two to three weeks would be needed to present the Crown's case, and offering to seek earlier trial dates. Mr. Jordan's counsel did not respond to this offer. Later, in December 2011, one of the remaining two co-accused was severed from the information. Only Mr. Jordan and one co-accused remained.

[11] As Mr. Jordan awaited trial, his liberty was restricted. He spent two months in custody following his arrest in December 2008, which was followed by close to four years of restrictive bail conditions. However, in July 2011, Mr. Jordan was convicted of prior drug charges and was sentenced to a 15-month conditional sentence order ("CSO"), which he served until October 2012. The conditions of the CSO were similar to the bail conditions Mr. Jordan was under for the charges at issue in this appeal. Therefore, for 15 months of the delay, Mr. Jordan's liberty was restricted by both the bail conditions and the CSO.

qu'il aurait besoin de beaucoup plus de temps d'audience pour présenter la [TRADUCTION] « montagne de preuve » dont il disposait à l'égard de M. Jordan. Les parties ont sollicité et obtenu des dates de prolongation durant toute l'année 2010 et au début de 2011. En mai 2011, M. Jordan (à l'instar de deux coaccusés) a été renvoyé à procès relativement aux 14 chefs d'accusation. En fin de compte, il avait donc fallu une année complète pour mener à terme l'enquête préliminaire, qui a accaparé neuf jours d'audience. Cela faisait alors deux ans et demi que M. Jordan avait été inculpé.

[10] Après le renvoi à procès, l'affaire a été soumise à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le procureur du ministère public a estimé à six semaines le temps qu'il faudrait pour instruire le procès, qui fut fixé au premier bloc de six semaines disponible, soit en septembre 2012. Une nouvelle procureure du ministère public s'est chargée du dossier à compter de juillet 2011. Elle a écrit à l'avocat de M. Jordan que, selon elle, le ministère public n'aurait besoin que de deux à trois semaines pour présenter sa preuve, et elle a offert de demander des dates d'instruction plus rapprochées. L'avocat de M. Jordan n'a pas répondu à cette offre. Plus tard, soit en décembre 2011, le nom d'un des deux coaccusés toujours en cause a été retiré de la dénonciation. Seuls M. Jordan et un coaccusé étaient donc toujours visés par la poursuite.

[11] Pendant que M. Jordan attendait son procès, sa liberté a été restreinte. Il a passé deux mois en détention après son arrestation en décembre 2008, puis il a été assujetti pendant près de quatre ans à des conditions strictes de mise en liberté sous caution. Il a toutefois été déclaré coupable en juillet 2011 d'accusations antérieures liées aux drogues et a été condamné en lien avec ces accusations à une peine d'emprisonnement avec sursis de 15 mois qu'il a purgée jusqu'en octobre 2012. Les conditions de l'ordonnance de sursis s'apparentaient aux conditions de mise en liberté sous caution auxquelles était soumis M. Jordan pour les accusations en cause dans le présent pourvoi. Ainsi, pendant une partie du temps qu'il a fallu pour que se tienne le procès de M. Jordan, soit 15 mois, sa liberté était restreinte tant par les conditions de mise en liberté sous caution que par l'ordonnance de sursis.

[12] At the start of his trial in September 2012, Mr. Jordan brought an application for a stay of proceedings alleging a breach of his s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time. This application was dismissed. The trial was adjourned, and it eventually concluded in February 2013 with his conviction on five drug-related offences. The total delay from Mr. Jordan's charges to the conclusion of the trial was 49.5 months.

III. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 1735*

[13] The trial judge found that the delay in bringing this matter to trial was not unreasonable, and declined to enter a stay of proceedings. In concluding there was no s. 11(*b*) breach, he applied the framework from this Court's decision in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, including the guidelines set out in it for how much institutional delay is generally tolerable.

[14] The trial judge found that the inherent time requirements for this case were 10.5 months. He also found that, of the total delay, four months (incurred when Mr. Jordan changed counsel and requested an adjournment of his trial) were attributable to the defence, and two months were attributable to the Crown.

[15] The bulk of the delay — 32.5 months — was attributable to institutional delay, of which 19 months occurred at the Provincial Court and 13.5 months occurred at the B.C. Supreme Court. This was, as the trial judge noted, well outside the *Morin* guidelines for tolerable institutional delay of eight to ten months in the provincial court, and six to eight months in the superior court. However, the trial judge held that institutional delay should be given less weight than Crown delay in the final balancing.

[12] À l'ouverture de son procès en septembre 2012, M. Jordan a demandé un arrêt des procédures pour cause d'atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'al. 11*b*). Cette demande a été rejetée. Le procès a été ajourné et il s'est finalement conclu en février 2013 par la déclaration de culpabilité de M. Jordan pour cinq infractions relatives aux drogues. Il s'est donc écoulé au total 49 mois et demi entre le dépôt des accusations contre M. Jordan et la conclusion du procès.

III. Jugements des juridictions d'instances inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 1735*

[13] Le juge du procès a conclu que le temps pris pour renvoyer la présente affaire à procès n'était pas déraisonnable et il a refusé de prononcer l'arrêt des procédures. En concluant qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 11*b*), il a appliqué le cadre d'analyse établi par la Cour dans son arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, y compris les lignes directrices qui y sont énoncées quant à la durée du délai institutionnel qui sera généralement tolérable.

[14] Selon le juge du procès, le délai inhérent à la présente affaire était de 10 mois et demi. Toujours selon lui, une partie de ce délai — en l'occurrence quatre mois (période au cours de laquelle M. Jordan a changé d'avocat et demandé l'ajournement de son procès) — était imputable à la défense, et deux mois au ministère public.

[15] L'essentiel du délai — c.-à-d. 32 mois et demi — était d'ordre institutionnel, soit 19 mois devant la Cour provinciale et 13 mois et demi devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Comme l'a fait remarquer le juge du procès, cela se situait bien au-delà des lignes directrices établies dans *Morin* pour qu'un délai institutionnel soit tolérable, soit de huit à dix mois si l'affaire est entendue par une cour provinciale et de six à huit mois si elle est entendue par une cour supérieure. Il a toutefois conclu que, dans la mise en balance finale, on doit accorder moins d'importance au délai institutionnel qu'au délai imputable au ministère public.

[16] The trial judge then considered the issue of prejudice. He reasoned that if the institutional delay had been within the *Morin* guidelines, the trial would have concluded by May 2011. Most of the additional delay coincided with the term of Mr. Jordan's CSO. The trial judge therefore found that Mr. Jordan's liberty interest was not significantly prejudiced by the delay. While Mr. Jordan's security of the person was affected, any prejudice was minimized by the fact that he was facing other outstanding charges for much of the delay. Finally, he found no prejudice to Mr. Jordan's right to make full answer and defence because the Crown's case did not depend on the memory of witnesses.

[17] The trial judge balanced all of the factors and concluded that Mr. Jordan's s. 11(*b*) right had not been infringed, due primarily to the fact that Mr. Jordan did not suffer significant prejudice.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137*

[18] Mr. Jordan appealed. He argued that the trial judge erred in his assessment of prejudice and gave inadequate weight to the excessive institutional delay. The Court of Appeal found that the trial judge did not err in his attribution of the delay, or in his weighing of the institutional delay. Further, the trial judge's determination on prejudice was a finding of fact that was entitled to deference. Finally, the trial judge did not err by declining to infer prejudice based on the length of the delay alone. The appeal was dismissed.

[16] Le juge du procès s'est ensuite penché sur la question du préjudice. Il a opiné que, si le délai institutionnel avait respecté les lignes directrices établies dans *Morin*, le procès se serait terminé en mai 2011. Cela dit, comme la majeure partie du délai supplémentaire avait coïncidé avec la peine d'emprisonnement avec sursis infligée à M. Jordan, le juge a conclu que le délai n'avait pas porté atteinte de façon notable au droit à la liberté de ce dernier. En outre, pour le juge, bien que la sécurité de la personne de M. Jordan ait été touchée, tout préjudice qu'il aurait pu subir a été réduit par le fait qu'il faisait face à d'autres accusations durant une grande partie du délai. Enfin, il a conclu à l'absence d'atteinte au droit de M. Jordan de présenter une défense pleine et entière parce que la preuve du ministère public ne reposait pas sur les souvenirs de témoins.

[17] Le juge du procès a soupesé tous les facteurs et conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte au droit garanti à M. Jordan par l'al. 11*b*), surtout parce qu'il n'avait pas subi de préjudice important.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137*

[18] M. Jordan s'est pourvu en appel. Il a soutenu que le juge du procès avait mal évalué le préjudice et accordé trop peu de poids au délai institutionnel excessif. La Cour d'appel s'est dite d'avis que le juge du procès n'avait commis d'erreur ni dans son attribution du délai ni dans son appréciation du délai institutionnel. En outre, pour elle, la décision du juge du procès sur le préjudice était une conclusion de fait à l'égard de laquelle il fallait faire preuve de déférence. En dernier lieu, pour la Cour d'appel, le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en refusant d'inférer l'existence d'un préjudice compte tenu de la longueur du délai à elle seule. L'appel a été rejeté.

IV. Analysis

A. *The Right to Be Tried Within a Reasonable Time Is Important to Individuals and Society as a Whole*

[19] As we have said, the right to be tried within a reasonable time is central to the administration of Canada's system of criminal justice. It finds expression in the familiar maxim: "Justice delayed is justice denied." An unreasonable delay denies justice to the accused, victims and their families, and the public as a whole.

[20] Trials within a reasonable time are an essential part of our criminal justice system's commitment to treating presumptively innocent accused persons in a manner that protects their interests in liberty, security of the person, and a fair trial. Liberty is engaged because a timely trial means an accused person will spend as little time as possible held in pre-trial custody or living in the community under release conditions. Security of the person is impacted because a long-delayed trial means prolonging the stress, anxiety, and stigma an accused may suffer. Fair trial interests are affected because the longer a trial is delayed, the more likely it is that some accused will be prejudiced in mounting a defence, owing to faded memories, unavailability of witnesses, or lost or degraded evidence.

[21] At the same time, we recognize that some accused persons who are in fact guilty of their charges are content to see their trials delayed for as long as possible. Indeed, there are incentives for them to remain passive in the face of delay. Accused persons may seek to avoid responsibility for their crimes by embracing delay, in the hope that the case against them will fall apart or they will obtain a stay of proceedings. This operates to the detriment of the public and of the system of justice as a whole. Section 11(*b*) was not intended to be

IV. Analyse

A. *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est important à la fois pour les individus et pour la société dans son ensemble*

[19] Comme nous l'avons dit, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est d'une importance capitale pour l'administration du système de justice criminelle du Canada. Ce droit trouve son expression dans la maxime bien connue : « un retard à rendre justice équivaut à un déni de justice ». Un délai déraisonnable représente un déni de justice pour l'inculpé, les victimes, leurs familles et la population dans son ensemble.

[20] Les procès instruits dans un délai raisonnable sont une part essentielle de l'engagement de notre système de justice criminelle de traiter les inculpés présumés innocents de manière à protéger leurs droits à la liberté, à la sécurité de leur personne et à un procès équitable. Le droit à la liberté est en cause parce qu'un procès instruit en temps utile permet à l'inculpé de demeurer le moins longtemps possible en détention avant son procès ou assujetti à des conditions de mise en liberté dans la collectivité. Le droit à la sécurité de la personne est touché parce qu'un retard considérable à tenir le procès a pour effet de prolonger le stress, l'anxiété et la stigmatisation qu'un inculpé peut subir. Enfin, le droit à un procès équitable est en cause, car plus un procès est retardé, plus certains inculpés risquent d'être lésés dans la préparation de leur défense à cause des souvenirs qui s'estompent, de l'indisponibilité de témoins ou encore de la perte ou de la détérioration d'éléments de preuve.

[21] Parallèlement, nous reconnaissons que certains inculpés qui sont en fait coupables des accusations portées contre eux se réjouissent de voir leur procès être retardé le plus longtemps possible. En effet, ils peuvent avoir intérêt à demeurer passifs à l'égard du délai et vouloir échapper aux conséquences découlant de leurs crimes en en tirant profit, si la poursuite intentée contre eux s'effondre ou s'ils obtiennent un arrêt des procédures. Ce sont alors le public et le système de justice dans son ensemble qui souffrent du délai. L'alinéa 11*b*) n'est

a sword to frustrate the ends of justice (*Morin*, at pp. 801-2).

[22] Of course, the interests protected by s. 11(*b*) extend beyond those of accused persons. Timely trials impact other people who play a role in and are affected by criminal trials, as well as the public's confidence in the administration of justice.

[23] Victims of crime and their families may be devastated by criminal acts and therefore have a special interest in timely trials (*R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at pp. 1220-21). Delay aggravates victims' suffering, preventing them from moving on with their lives.

[24] Timely trials allow victims and witnesses to make the best possible contribution to the trial, and minimize the "worry and frustration [they experience] until they have given their testimony" (*Askov*, at p. 1220). Repeated delays interrupt their personal, employment or business activities, creating inconvenience that may present a disincentive to their participation.

[25] Last but certainly not least, timely trials are important to maintaining overall public confidence in the administration of justice. As McLachlin J. (as she then was) put it in *Morin*, "delays are of consequence not only to the accused, but may affect the public interest in the prompt and fair administration of justice" (p. 810). Crime is of serious concern to all members of the community. Unreasonable delay leaves the innocent in limbo and the guilty unpunished, thereby offending the community's sense of justice (see *Askov*, at p. 1220). Failure "to deal fairly, quickly and efficiently with criminal trials inevitably leads to the community's frustration with the judicial system and eventually to a feeling of contempt for court procedures" (p. 1221).

pourtant pas censé être une épée conçue pour faire échec aux fins de la justice (*Morin*, p. 801-802).

[22] Bien entendu, les droits protégés par l'al. 11*b*) s'étendent au-delà de ceux des inculpés. En effet, les procès instruits en temps utile ont des répercussions sur les autres personnes qui interviennent dans les procès criminels et qui sont touchées par eux, de même que sur la confiance du public envers l'administration de la justice.

[23] Les victimes d'actes criminels et leurs familles peuvent être anéanties par de tels actes et avoir de ce fait un intérêt particulier à ce que les procès se déroulent rondement (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1220-1221). En effet, les délais exacerbent la souffrance des victimes et les empêchent de tourner la page.

[24] En revanche, les procès instruits dans un délai raisonnable permettent aux victimes et aux témoins d'apporter la meilleure contribution possible au procès et minimisent l'« angoiss[e] et [la] frustration [qu'ils ressentent] jusqu'au témoignage lui-même » (*Askov*, p. 1220). Le cumul des délais interrompt pour sa part leurs activités personnelles, professionnelles ou commerciales, et crée des tracas qui peuvent les décourager de participer au procès.

[25] Dernier élément, qui n'est toutefois certainement pas le moindre, les procès instruits en temps utile sont importants pour préserver la confiance générale du public envers l'administration de la justice. Comme l'a dit la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Morin*, « [n]on seulement [les] délais ont des conséquences pour l'accusé, mais ils peuvent également avoir un effet sur l'intérêt du public dans l'administration rapide et équitable de la justice » (p. 810). Le crime préoccupe grandement tous les membres de la collectivité. Un délai déraisonnable place l'innocent dans une situation incertaine et permet au coupable de rester impuni, ce qui porte par le fait même atteinte au sens de la justice qu'a la société (voir *Askov*, p. 1220). Le défaut « de tenir les procès criminels avec équité, rapidité et efficacité amène inévitablement la société à douter [. . .] et, en fin de compte, à mépriser les procédures judiciaires » (p. 1221).

[26] Extended delays undermine public confidence in the system. And public confidence is essential to the survival of the system itself, as "a fair and balanced criminal justice system simply cannot exist without the support of the community" (*Askov*, at p. 1221).

[27] Canadians therefore rightly expect a system that can deliver quality justice in a reasonably efficient and timely manner. Fairness and timeliness are sometimes thought to be in mutual tension, but this is not so. As D. Geoffrey Cowper, Q.C., wrote in a report commissioned by the B.C. Justice Reform Initiative:

> . . . the widely perceived conflict between justice and efficiency goals is not based in reason or sound analysis. The real experience of the system is that both must be pursued in order for each to be realised: they are, in practice, interdependent.

(*A Criminal Justice System for the 21st Century* (2012), at p. 75)

[28] In short, timely trials further the interests of justice. They ensure that the system functions in a fair and efficient manner; tolerating trials after long delays does not. Swift, predictable justice, "the most powerful deterrent of crime" is seriously undermined and in some cases rendered illusory by delayed trials (McLachlin C.J., "The Challenges We Face", remarks to the Empire Club of Canada, published in (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 819, at p. 825).

B. *Problems With the Current Framework*

[29] While this Court has always recognized the importance of the right to a trial within a reasonable time, in our view, developments since *Morin* demonstrate that the system has lost its way. The framework set out in *Morin* has given rise to both

[26] Le prolongement des délais mine la confiance du public envers le système. Or, cette confiance est essentielle à la survie du système lui-même, car « il ne peut y avoir de système équitable et équilibré de justice criminelle sans le soutien de la collectivité » (*Askov*, p. 1221).

[27] Les Canadiens et Canadiennes s'attendent donc à juste titre à ce que notre système puisse rendre une justice de qualité d'une manière qui soit raisonnablement efficace et rapide. On croit parfois qu'il existe un tiraillement entre l'équité et la célérité. Il n'en est toutefois rien. Tel que l'a écrit D. Geoffrey Cowper, c.r., dans un rapport commandé par la B.C. Justice Reform Initiative :

> [TRADUCTION] . . . le conflit largement perçu entre les objectifs de justice et d'efficacité ne repose pas sur la raison ou sur une analyse solide. La réalité du système, c'est qu'il faut tendre vers les deux pour que l'un et l'autre se réalisent : ils sont, en pratique, interdépendants.

(*A Criminal Justice System for the 21st Century* (2012), p. 75)

[28] Bref, les procès instruits en temps utile servent l'administration de la justice. Ils sont le gage du fonctionnement équitable et efficace du système. Accepter que des procès se tiennent après de longs délais a l'effet contraire. La possibilité que justice soit rendue d'une manière rapide et prévisible, [TRADUCTION] « l'outil de dissuasion le plus efficace », est gravement diminuée et elle devient illusoire dans certains cas à cause du report des procès (la juge en chef McLachlin, « The Challenges We Face », allocution prononcée devant l'Empire Club of Canada, publiée dans (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 819, p. 825).

B. *Failles du cadre actuel*

[29] Bien que la Cour ait toujours reconnu l'importance du droit à un procès tenu dans un délai raisonnable, à nos yeux, les changements survenus depuis *Morin* démontrent que le système s'est égaré. Le cadre d'analyse établi dans cet arrêt a engendré

doctrinal and practical problems, contributing to a culture of delay and complacency towards it.

[30] The *Morin* framework requires courts to balance four factors in determining whether a breach of s. 11(*b*) has occurred: (1) the length of the delay; (2) defence waiver; (3) the reasons for the delay, including the inherent needs of the case, defence delay, Crown delay, institutional delay, and other reasons for delay; and (4) prejudice to the accused's interests in liberty, security of the person, and a fair trial. Prejudice can be either actual or inferred from the length of the delay. Institutional delay in particular is assessed against a set of guidelines developed by this Court in *Morin*: eight to ten months in the provincial court, and a further six to eight months after committal for trial in the superior court. The *Morin* guidelines reflect the fact that resources are finite and there must accordingly be some tolerance for institutional delay. Institutional delay within or close to the guidelines has generally been considered to be reasonable.

[31] This framework suffers from a number of related doctrinal shortcomings.

[32] First, its application is highly unpredictable. It has been interpreted so as to permit endless flexibility, making it difficult to determine whether a breach has occurred. The absence of a consistent standard has turned s. 11(*b*) into something of a dice roll, and has led to the proliferation of lengthy and often complex s. 11(*b*) applications, thereby further burdening the system.

[33] Second, as the parties and interveners point out, the treatment of prejudice has become one of the most fraught areas in the s. 11(*b*) jurisprudence: it is confusing, hard to prove, and highly subjective. As to the confusion prejudice has caused, courts have struggled to distinguish between "actual" and

des problèmes sur les plans tant théorique que pratique, concourant ainsi à une culture des délais et de complaisance à l'endroit de cette culture.

[30] Le cadre d'analyse établi dans *Morin* exige des tribunaux qu'ils soupèsent quatre facteurs pour décider s'il y a eu violation de l'al. 11*b*) : (1) la longueur du délai; (2) la renonciation de la défense à invoquer une portion du délai; (3) les motifs du délai, y compris les besoins inhérents au dossier, le délai imputable à la défense, celui attribuable au ministère public, le délai institutionnel et les autres motifs du délai; (4) l'atteinte aux droits de l'inculpé à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable. Le préjudice peut avoir été réellement subi par l'accusé ou il peut être présumé compte tenu de la longueur du délai. Le délai institutionnel en particulier est évalué à l'aune d'un ensemble de lignes directrices établies par la Cour dans *Morin* : huit à dix mois devant une cour provinciale et six à huit mois de plus après le renvoi à procès devant une cour supérieure. Ces lignes directrices tiennent compte du fait que les ressources sont limitées et qu'il faut donc tolérer, jusqu'à un certain point, les délais institutionnels qui, lorsqu'ils étaient conformes ou presque aux lignes directrices, ont généralement été jugés raisonnables.

[31] Ce cadre d'analyse souffre par ailleurs de plusieurs lacunes connexes sur le plan théorique.

[32] Premièrement, son application est extrêmement imprévisible. On l'a interprété de façon à lui donner une souplesse infinie, d'où la difficulté de décider s'il y a eu ou non violation. L'absence d'une norme uniforme a transformé le recours à l'al. 11*b*) en une sorte de coup de dé et a entraîné la multiplication de demandes longues et souvent complexes fondées sur cette disposition, grevant ainsi encore davantage le système.

[33] Deuxièmement, comme le soulignent les parties et les intervenants, le traitement du préjudice est désormais un des domaines de la jurisprudence relative à l'al. 11*b*) qui entraîne le plus de dissensions : le préjudice est difficile à prouver et son traitement porte à confusion en plus d'être hautement subjectif.

"inferred" prejudice. And attempts to draw this distinction have led to apparent inconsistencies, such as that prejudice might be inferred even when the evidence shows that the accused suffered no actual prejudice. Further, actual prejudice can be quite difficult to establish, particularly prejudice to security of the person or fair trial interests. Courts have also found that "it may not always be easy" to distinguish between prejudice stemming from the delay versus the charge itself (*R. v. Pidskalny*, 2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396, at para. 43). And even if sufficient evidence is adduced, the interpretation of that evidence is a highly subjective enterprise.

[34] Despite this confusion, prejudice has, as this case demonstrates, become an important if not determinative factor. Long delays are considered "reasonable" if the accused is unable to demonstrate significant actual prejudice to his or her protected interests. This is a problem because the accused's and the public's interests in a trial within a reasonable time does not necessarily turn on how much suffering an accused has endured. Delayed trials may also cause prejudice to the administration of justice.

[35] Third, the *Morin* framework requires a retrospective inquiry, since the analysis of delay arises only after the delay has been incurred. Courts and parties are operating within a framework that is designed not to prevent delay, but only to redress (or not redress) it. As a consequence, they are not motivated to manage "each case in advance to achieve *future compliance* with consistent standards" (M. A. Code, *Trial Within a Reasonable Time* (1992), at p. 117 (emphasis in original)). Courts are instead left to pick up the pieces once the delay has transpired. This after-the-fact review of past delay is understandably frustrating for trial judges, who have only one remedial tool at their disposal — a stay of proceedings. It is therefore

Pour pallier la confusion en cause, les tribunaux ont essayé tant bien que mal de distinguer le préjudice « que l'accusé a réellement subi » du préjudice « présumé ». Or, les tentatives en vue d'établir cette distinction ont mené à des incohérences apparentes, telle la possibilité d'inférer le préjudice même si la preuve démontre que l'accusé n'a, dans les faits, subi aucun préjudice. En outre, l'existence d'un tel préjudice peut être assez difficile à établir, particulièrement celui relatif à la sécurité de la personne et au droit à un procès équitable. En outre, les tribunaux ont conclu [TRADUCTION] « [qu']il n'est pas nécessairement toujours facile » de distinguer le préjudice qui découle du délai de celui qui découle de l'accusation en tant que telle (*R. c. Pidskalny*, 2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396, par. 43). Enfin, même lorsque la preuve produite suffit, son interprétation est un exercice hautement subjectif.

[34] Malgré cette confusion, le préjudice est devenu un facteur important, voire déterminant, comme le démontre la présente affaire. Les longs délais sont jugés « raisonnables » si l'inculpé est incapable de prouver une atteinte réelle et importante à ses droits protégés. Cela pose problème parce que les droits de l'inculpé et du public à un procès dans un délai raisonnable ne sont pas nécessairement fonction du degré de souffrance éprouvée par l'inculpé. Les procès retardés peuvent aussi porter préjudice à l'administration de la justice.

[35] Troisièmement, le cadre établi dans l'arrêt *Morin* commande une analyse rétrospective, car le délai n'est examiné qu'après qu'il soit survenu. Les tribunaux et les parties fonctionnent à l'intérieur d'un cadre conçu non pas pour prévenir le délai, mais uniquement pour y remédier (ou pas). Par conséquent, ils n'ont pas intérêt à gérer [TRADUCTION] « chaque instance à l'avance afin d'assurer *pour l'avenir le respect* de normes uniformes » (M. A. Code, *Trial Within a Reasonable Time* (1992), p. 117 (en italique dans l'original)). Les tribunaux en sont plutôt réduits à ramasser les pots cassés une fois que le délai s'est produit. Cet examen a posteriori d'un délai antérieur est naturellement frustrant pour les juges de première instance

unsurprising that courts have occasionally strained in applying the *Morin* framework to avoid a stay.[1]

[36] The retrospective analysis required by *Morin* also encourages parties to quibble over rationalizations for vast periods of pre-trial delay. Here, for example, the Crown argues that the trial judge erred in characterizing most of the delay as Crown or institutional delay. Had he assessed it properly, the argument goes, he would have attributed only 5 to 8 months as Crown or institutional delay, as opposed to 34.5 months. Competing after-the-fact explanations allow for potentially limitless variations in permissible delay. As the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario) submits: "Boundless flexibility is incompatible with the concept of a *Charter* right and has proved to serve witnesses, victims, defendants and the justice system's reputation poorly" (I.F., at para. 12).

[37] Finally, the *Morin* framework is unduly complex. The minute accounting it requires might fairly be considered the bane of every trial judge's existence. Although Cromwell J. warned in *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3, that courts must avoid failing to see the forest for the trees (para. 18), courts and litigants have often done just that. Each day of the proceedings from charge to trial is argued about, accounted for, and explained away. This micro-counting is inefficient, relies on judicial "guesstimations", and has been applied in a way that allows for tolerance of ever-increasing delay.

[1] We were not invited to revisit the question of remedy. Accordingly, we refrain from doing so.

qui n'ont qu'un seul recours à leur disposition : l'arrêt des procédures. Lorsqu'ils ont eu à appliquer le cadre d'analyse établi dans *Morin*, il n'est donc pas surprenant que les tribunaux se soient parfois donné du mal pour éviter l'arrêt des procédures[1].

[36] L'analyse rétrospective commandée par l'arrêt *Morin* incite également les parties à ergoter sur les justifications de grandes parties du délai antérieur au procès. En l'espèce, par exemple, le ministère public prétend que le juge du procès a commis une erreur en affirmant que la majeure partie du délai était imputable au ministère public ou d'ordre institutionnel. Suivant cet argument, si le juge du procès avait évalué correctement le délai, il n'aurait imputé que de 5 à 8 mois, et non 34 mois et demi, au ministère public ou à des raisons de nature institutionnelle. Les explications contradictoires données après coup ouvrent la porte à une variété potentiellement infinie de délais acceptables. Comme le fait valoir l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario), [TRADUCTION] « [u]ne souplesse sans borne est incompatible avec la notion de droit garanti par la *Charte* et elle n'a rendu service ni aux témoins, ni aux victimes, ni aux défendeurs, ni à la réputation du système de justice » (m.i., par. 12).

[37] Enfin, le cadre d'analyse établi dans *Morin* est indûment complexe. On peut considérer, à juste titre, que le calcul pointilleux qu'il exige empoisonne la vie de tous les juges de première instance. Même si dans *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3, le juge Cromwell a prévenu les tribunaux qu'ils doivent prendre garde en portant attention aux détails de ne pas perdre de vue l'ensemble de la situation (par. 18), c'est exactement ce qu'ont souvent fait les tribunaux et les parties. Chaque jour de l'instance, du dépôt des accusations jusqu'au procès, est débattu, comptabilisé et expliqué tant bien que mal. Ce microcalcul est inefficace, repose sur des « estimations empiriques » de la part des juges et a été utilisé d'une manière qui permet de tolérer des délais de plus en plus longs.

[1] Comme on ne nous a pas demandé de revoir la question de la réparation, nous nous abstenons de le faire.

[38] In sum, from a doctrinal perspective, the s. 11(*b*) framework is too unpredictable, too confusing, and too complex. It has itself become a burden on already over-burdened trial courts.

[39] These doctrinal problems have contributed to problems in practice.

[40] As we have observed, a culture of complacency towards delay has emerged in the criminal justice system (see, e.g., Alberta Justice and Solicitor General, Criminal Justice Division, "Injecting a Sense of Urgency: A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases", report by G. Lepp (April 2013) (online), at p. 17; Cowper, at p. 4; P. J. LeSage and M. Code, *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures* (2008), at p. 15; Canada, Department of Justice, "The Final Report on Early Case Consideration of the Steering Committee on Justice Efficiencies and Access to the Justice System" (2006) (online), at pp. 5-6). Unnecessary procedures and adjournments, inefficient practices, and inadequate institutional resources are accepted as the norm and give rise to ever-increasing delay. This culture of delay "causes great harm to public confidence in the justice system" (LeSage and Code, at p. 16). It "rewards the wrong behaviour, frustrates the well-intentioned, makes frequent users of the system cynical and disillusioned, and frustrates the rehabilitative goals of the system" (Cowper, at p. 48).

[41] The *Morin* framework does not address this culture of complacency. Delay is condemned or rationalized at the back end. As a result, participants in the justice system — police, Crown counsel, defence counsel, courts, provincial legislatures, and Parliament — are not encouraged to take preventative measures to address inefficient practices and resourcing problems. Some courts, with the cooperation of counsel, have undertaken commendable efforts to change courtroom culture, maximize efficiency, and minimize delay, thereby showing that it is possible to do better. Some legislative changes

[38] Bref, le cadre d'analyse applicable aux demandes fondées sur l'al. 11*b*) est trop imprévisible, trop difficile à saisir et trop complexe sur le plan théorique. Il est devenu lui-même un fardeau pour des tribunaux de première instance déjà surchargés.

[39] Ces problèmes sur le plan théorique ont concouru à l'existence de problèmes pratiques.

[40] Comme nous l'avons vu, une culture de complaisance vis-à-vis les délais a fait son apparition au sein du système de justice criminelle (voir, p. ex., Alberta Justice and Solicitor General, Criminal Justice Division, « Injecting a Sense of Urgency : A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases », rapport préparé par G. Lepp (avril 2013) (en ligne), p. 17; Cowper, p. 4; P. J. LeSage et M. Code, *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes* (2008), p. 15; Canada, ministère de la Justice, « Rapport final sur l'examen prioritaire des dossiers du comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice » (2006) (en ligne), p. 5-6). Les procédures et ajournements inutiles de même que les pratiques inefficaces et la pénurie de ressources institutionnelles sont acceptés comme la norme et occasionnent des délais de plus en plus longs. Cette culture des délais « cause un tort important à la confiance du public envers le système de justice » (LeSage et Code, p. 20). Elle [TRADUCTION] « récompense les mauvais comportements, frustre les gens bien intentionnés, rend les habitués du système cyniques et désillusionnés, et contrecarre les objectifs de réinsertion sociale du système » (Cowper, p. 48).

[41] Le cadre d'analyse établi dans *Morin* ne s'attaque pas à cette culture de complaisance. Le délai est sanctionné ou justifié après coup. En conséquence, les participants au système de justice — les policiers, les procureurs du ministère public, les avocats de la défense, les tribunaux, les législatures et le Parlement — ne sont pas incités à prendre des mesures préventives pour remédier aux pratiques inefficaces et au manque de ressources. Certains tribunaux, avec la collaboration des avocats, ont déployé des efforts louables pour changer la culture en salle d'audience, maximiser l'efficacité et réduire

and government initiatives have also been taken. In many cases, however, much remains to be done.

[42] Aggravating the tolerance for delay is the increased complexity of pre-trial and trial processes since *Morin*. New offences, procedures, obligations on the Crown and police, and legal tests have emerged. Many of them put a premium on fairness, reasonableness, and a fact-specific analysis. They take time. They also take up judges, courtrooms, and other resources.

[43] Complexity is sometimes unavoidable in order to achieve fairness or ensure that the state lives up to its constitutional obligations. But the quality of justice does not always increase proportionally to the length and complexity of a trial. Unnecessary procedural steps and inefficient advocacy have the opposite effect, weighing down the entire system. A criminal proceeding does not take place in a vacuum. Each procedural step or motion that is improperly taken, or takes longer than it should, along with each charge that should not have been laid or pursued, deprives other worthy litigants of timely access to the courts.

[44] The intervener Attorney General of Alberta submits that a change in courtroom culture is needed. This submission echoes former Chief Justice Lamer's two decades-old call for participants in the justice system to "find ways to retain a fair process . . . that can achieve practical results in a reasonable time and at reasonable expense" ("The Role of Judges", address to the Empire Club of Canada, 1995 (online)).

[45] We agree. And, along with other participants in the justice system, this Court has a role to play in

les délais au minimum, démontrant ainsi qu'il est possible de faire mieux. Certaines mesures législatives et gouvernementales ont aussi été prises. Dans bien des cas, il reste toutefois beaucoup de travail à accomplir.

[42] La tolérance envers les délais est exacerbée par la complexité accrue des processus préalables au procès et de ceux suivis durant les procès depuis *Morin*. De nouvelles infractions, procédures, obligations imposées au ministère public et à la police ainsi que de nouveaux tests juridiques ont fait leur apparition. Bon nombre d'entre eux privilégient l'équité, le caractère raisonnable et l'analyse axée sur les faits. Ils prennent du temps en plus d'accaparer les juges, les salles d'audience et d'autres ressources.

[43] La complexité constitue parfois un passage obligé pour assurer l'équité du processus ou pour veiller à ce que l'État s'acquitte de ses obligations constitutionnelles. La qualité de la justice n'augmente cependant pas toujours proportionnellement à la longueur et à la complexité d'un procès. Les étapes procédurales inutiles et la défense inefficace des droits ont l'effet contraire et alourdissent tout le système. Un procès criminel ne se déroule pas en vase clos. Chaque étape procédurale ou requête qui est engagée à tort ou qui dure plus longtemps que nécessaire, ainsi que toute accusation qui n'aurait pas dû être portée ou poursuivie, empêche d'autres plaideurs méritants de se pourvoir en temps utile devant les tribunaux.

[44] L'intervenant le procureur général de l'Alberta soutient qu'un changement de culture en salle d'audience s'impose. Cet argument fait écho à l'appel lancé il y a deux décennies par l'ancien juge en chef Lamer aux participants au système de justice de [TRADUCTION] « trouver des moyens de conserver un processus équitable [. . .] qui peu[t] aboutir à des résultats pratiques dans des délais raisonnables et à un coût raisonnable » (« The Role of Judges », allocution prononcée devant l'Empire Club of Canada, 1995 (en ligne)).

[45] Nous sommes du même avis. D'ailleurs, à l'instar des autres participants au système de justice,

changing courtroom culture and facilitating a more efficient criminal justice system, thereby protecting the right to trial within a reasonable time. We accept Mr. Jordan's invitation — which was echoed by the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the British Columbia Civil Liberties Association, and Mr. Williamson in the companion appeal of *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741 — to revise the s. 11(*b*) analysis. While departing from a precedent of this Court "is a step not to be lightly undertaken" (*Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 56), as we have explained, "there are compelling reasons to do so" (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44).

la Cour a un rôle à jouer afin de modifier la culture en salle d'audience et d'aider à rendre le système de justice criminelle plus efficace, protégeant ainsi le droit à un procès dans un délai raisonnable. Nous acceptons donc l'invitation de M. Jordan — qui a été reprise par la Criminal Lawyers' Association (Ontario) et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique ainsi que par M. Williamson dans le pourvoi connexe (*R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741) — de réviser le cadre d'analyse applicable à une demande fondée sur l'al. 11*b*). Bien qu'« il ne convien[ne] pas [d]'écarter un précédent de la Cour à la légère » (*Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 56), comme nous l'avons expliqué, il y a « de[s] raisons impérieuses » de le faire en l'espèce (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44).

V. A New Framework for Section 11(*b*) Applications

V. Un nouveau cadre d'analyse applicable aux demandes fondées sur l'al. 11*b*)

A. *Summary*

A. *Résumé*

[46] At the heart of the new framework is a ceiling beyond which delay is presumptively unreasonable. The presumptive ceiling is set at 18 months for cases going to trial in the provincial court, and at 30 months for cases going to trial in the superior court (or cases going to trial in the provincial court after a preliminary inquiry).

[46] Au cœur du nouveau cadre d'analyse que nous prescrivons en l'espèce se trouve un plafond au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable, sous réserve des précisions qui suivent. Ce « plafond présumé » est fixé à 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale et à 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure (ou celles instruites devant une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire).

[47] If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay) *exceeds* the ceiling, then the delay is presumptively unreasonable. To rebut this presumption, the Crown must establish the presence of exceptional circumstances. If it cannot, the delay is unreasonable and a stay will follow.

[47] Si le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (moins les délais imputables à la défense) *dépasse* le plafond, il est présumé déraisonnable. Pour réfuter cette présomption, le ministère public doit établir la présence de circonstances exceptionnelles. S'il ne peut le faire, le délai est déraisonnable et un arrêt des procédures doit suivre.

[48] If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay or a period of delay attributable to exceptional circumstances) falls *below* the presumptive ceiling, then the onus is on the defence to show that the

[48] Si le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (moins le délai imputable à la défense et la période découlant de circonstances exceptionnelles) se situe *en deçà* du plafond présumé, il incombe à la défense de

delay is unreasonable. To do so, the defence must establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, *and* (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. We expect stays beneath the ceiling to be rare, and limited to clear cases.

B. *The Presumptive Ceiling*

[49] The most important feature of the new framework is that it sets a ceiling beyond which delay is presumptively unreasonable. For cases going to trial in the provincial court, the presumptive ceiling is 18 months from the charge to the actual or anticipated end of trial. For cases going to trial in the superior court, the presumptive ceiling is 30 months from the charge to the actual or anticipated end of trial.[2] We note the 30-month ceiling would also apply to cases going to trial in the provincial court after a preliminary inquiry.[3] As we will discuss, defence-waived or -caused delay does not count in calculating whether the presumptive ceiling has been reached — that is, such delay is to be discounted.

[2] This Court has held that s. 11(*b*) applies to sentencing proceedings (*R. v. MacDougall,* [1998] 3 S.C.R. 45). Some sentencing proceedings require significant time, for example, dangerous offender applications or situations in which expert reports are required, or extensive evidence is tendered. The issue of delay in sentencing, however, is not before us, and we make no comment about how this ceiling should apply to s. 11(*b*) applications brought after a conviction is entered, or whether additional time should be added to the ceiling in such cases.

[3] While most proceedings with a preliminary inquiry are eventually tried in the superior court, this is not always the case. For example, a case may go to trial in the provincial court after a preliminary inquiry if the province in which the trial takes place offers this as an option (such as Quebec), or if the accused re-elects a trial in the provincial court following a preliminary inquiry. In either case, the 30-month ceiling would apply.

démontrer le caractère déraisonnable du délai. Pour ce faire, elle doit prouver (1) qu'elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance, *et* (2) que le procès a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être. Nous nous attendons à ce que les arrêts de procédures prononcés dans des cas où le délai est inférieur au plafond soient rares, et limités aux cas manifestes.

B. *Plafond présumé*

[49] La caractéristique la plus importante du nouveau cadre d'analyse réside dans le fait qu'il fixe un plafond au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable. Dans le cas des affaires instruites devant une cour provinciale, il est fixé à 18 mois entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès. Dans le cas des affaires instruites devant une cour supérieure, ce plafond est fixé à 30 mois entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès[2]. Signalons que le plafond de 30 mois s'applique également aux affaires instruites devant une cour provinciale au terme d'une enquête préliminaire[3]. Comme nous le verrons, les portions du délai que la défense renonce à invoquer ou celui qui lui est imputable ne comptent pas dans le calcul pour déterminer si le plafond en question a été ou non atteint. Autrement dit, ces délais doivent être ignorés.

[2] Selon la Cour, l'al. 11*b*) s'applique aux procédures de détermination de la peine (*R. c. MacDougall,* [1998] 3 R.C.S. 45). Certaines de ces procédures prennent beaucoup de temps. C'est le cas, par exemple, des demandes visant à faire déclarer un délinquant dangereux ou des situations dans lesquelles des rapports d'experts sont requis ou une preuve abondante est produite. La question du délai de détermination de la peine ne nous est toutefois pas soumise et nous ne nous prononçons ni sur la manière dont le plafond exposé précédemment devrait s'appliquer aux demandes présentées sur le fondement de l'al. 11*b*) après l'inscription d'une déclaration de culpabilité ni sur l'opportunité de prévoir un délai maximal plus long pour les cas de ce genre.

[3] Bien que la plupart des instances où il y a enquête préliminaire soient instruites subséquemment devant une cour supérieure, ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, il se peut qu'une affaire soit instruite devant une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire si la province où se déroule le procès en offre la possibilité (comme le Québec), ou si l'accusé change d'avis et opte pour un procès devant une cour de ce type au terme d'une enquête préliminaire. Le plafond de 30 mois s'appliquerait dans les deux cas.

[50] A presumptive ceiling is required in order to give meaningful direction to the state on its constitutional obligations and to those who play an important role in ensuring that the trial concludes within a reasonable time: court administration, the police, Crown prosecutors, accused persons and their counsel, and judges. It is also intended to provide some assurance to accused persons, to victims and their families, to witnesses, and to the public that s. 11(*b*) is not a hollow promise.

[51] While the presumptive ceiling will enhance analytical simplicity and foster constructive incentives, it is not the end of the exercise: as we will explain in greater detail, compelling case-specific factors remain relevant to assessing the reasonableness of a period of delay both above and below the ceiling. Obviously, reasonableness cannot be captured by a number alone, which is why the new framework is not solely a function of time. Contrary to what our colleague Cromwell J. asserts, we do not depart from the concept of reasonableness; we simply adopt a different view of how reasonableness should be assessed.

[52] In setting the presumptive ceiling, we were guided by a number of considerations. First, it takes as a starting point the *Morin* guidelines.[4] In *Morin*, this Court set eight to ten months as a guide for institutional delay in the provincial court, and an additional six to eight months as a guide for institutional delay in the superior court following an accused's committal for trial. Thus, under *Morin*, a total of 14 to 18 months was the measure for proceedings involving both the provincial court and the superior court.

[4] We note that the appellant and some of the interveners submitted that the *Morin* guidelines were intended to apply to the *entire period* of delay, rather than just the segment of delay caused by a shortfall of institutional resources. This is incorrect. The only reasonable reading of this Court's decisions in *Askov*, *Morin*, and *Godin* is that the guidelines were intended to apply only to institutional delay, not the entire period of delay.

[50] Un plafond présumé est nécessaire pour donner des directives valables à l'État sur ses obligations constitutionnelles ainsi qu'aux personnes qui jouent un rôle important pour garantir que le procès se conclut dans un délai raisonnable : les fonctionnaires responsables de l'administration des tribunaux, les policiers, les avocats du ministère public, les inculpés et leurs avocats, de même que les juges. Il vise aussi à donner aux inculpés, aux victimes et à leurs familles de même qu'aux témoins et au public une certaine assurance que l'al. 11*b*) n'est pas une promesse creuse.

[51] Bien que le plafond présumé accroisse la simplicité de l'analyse et favorise les mesures incitatives constructives, il ne marque pas la fin de l'exercice : comme nous l'expliquerons plus en détail, les facteurs déterminants et propres à l'affaire demeurent pertinents pour apprécier le caractère raisonnable tant du délai supérieur au plafond que de celui inférieur à ce dernier. Évidemment, un nombre à lui seul ne peut définir le caractère raisonnable d'un délai. C'est pourquoi le nouveau cadre d'analyse n'est pas fondé strictement sur une question de temps. Contrairement à ce qu'affirme notre collègue le juge Cromwell, nous ne nous écartons pas de la notion du caractère raisonnable; nous avons tout simplement une opinion différente quant à la manière dont il convient de l'apprécier.

[52] Pour fixer le plafond présumé, nous nous sommes appuyés sur plusieurs facteurs. En premier lieu, nous avons pris en compte les lignes directrices[4] établies dans *Morin*, où la Cour avait fixé comme balise une période de huit à dix mois après le renvoi à procès d'un inculpé pour le délai institutionnel devant une cour provinciale et de six à huit mois de plus comme balise pour le délai institutionnel devant une cour supérieure. Ainsi, selon *Morin*, un délai total de 14 à 18 mois constituait la norme pour les poursuites engagées à la fois devant une cour provinciale et une cour supérieure.

[4] Soulignons que, d'après l'appelant et certains des intervenants, les lignes directrices établies dans l'arrêt *Morin* devaient s'appliquer à l'*ensemble* du délai, et non pas uniquement à la partie du délai attribuable au manque de ressources institutionnelles. C'est inexact. Selon la seule interprétation raisonnable que l'on peut faire des arrêts *Askov*, *Morin* et *Godin* de la Cour, les lignes directrices devaient s'appliquer uniquement au délai institutionnel, et non au délai total.

[53] Second, the presumptive ceiling also reflects additional time to account for the other factors that can reasonably contribute to the time it takes to prosecute a case. These factors include the inherent time requirements of the case and the increased complexity of criminal cases since *Morin*. In this way, the ceiling takes into account the significant role that process now plays in our criminal justice system.

[54] Third, although prejudice will no longer play an explicit role in the s. 11(*b*) analysis, it informs the setting of the presumptive ceiling. Once the ceiling is breached, we presume that accused persons will have suffered prejudice to their *Charter*-protected liberty, security of the person, and fair trial interests. As this Court wrote in *Morin*, "prejudice to the accused can be inferred from prolonged delay" (p. 801; see also *Godin*, at para. 37). This is not, we stress, a rebuttable presumption: once the ceiling is breached, an absence of actual prejudice cannot convert an unreasonable delay into a reasonable one.

[55] Fourth, the presumptive ceiling has an important public interest component. The clarity and assurance it provides will build public confidence in the administration of justice.

[56] We also make this observation about the presumptive ceiling. It is not an aspirational target. Rather, it is the point at which delay becomes presumptively unreasonable. The public should expect that most cases can and should be resolved before reaching the ceiling. For this reason, as we will explain, the Crown bears the onus of justifying delays that exceed the ceiling. It is also for this reason that an accused may in clear cases still demonstrate that his or her right to be tried within a reasonable time has been infringed, even before the ceiling has been breached.

[57] There is little reason to be satisfied with a presumptive ceiling on trial delay set at 18 months for cases going to trial in the provincial court, and

[53] En deuxième lieu, le plafond présumé prévoit du temps supplémentaire pour tenir compte des autres facteurs qui peuvent raisonnablement influer sur le temps qu'il faut pour intenter des poursuites. Au nombre de ces facteurs figurent les délais inhérents à l'affaire et la complexité accrue des affaires criminelles depuis *Morin*. Le plafond prend ainsi en considération la place importante qu'occupe la procédure dans notre système de justice criminelle.

[54] En troisième lieu, bien que le préjudice ne constituera plus explicitement un facteur dans l'analyse applicable à une demande fondée sur l'al. 11*b*), il éclaire les paramètres du plafond présumé. En effet, une fois que ce dernier a été dépassé, nous tenons pour acquis que l'inculpé a subi une atteinte à ses droits à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable protégés par la *Charte*. Comme l'a dit la Cour dans *Morin*, « on peut déduire qu'un délai prolongé peut causer un préjudice à l'accusé » (p. 801; voir aussi *Godin*, par. 37). Soulignons qu'il ne s'agit pas d'une présomption réfutable : une fois que le plafond a été dépassé, le fait que l'accusé n'ait pas réellement subi de préjudice ne saurait transformer le délai déraisonnable en délai raisonnable.

[55] En quatrième lieu, le plafond présumé a une dimension d'intérêt public importante. La clarté et l'assurance qu'il offre aideront à bâtir la confiance du public envers l'administration de la justice.

[56] Une remarque supplémentaire quant à ce plafond : il ne s'agit pas d'un objectif ambitieux. C'est plutôt le point à partir duquel le délai est présumé déraisonnable. Le public peut donc s'attendre à ce que la plupart des affaires puissent être réglées avant que le plafond ne soit atteint, et qu'elles le soient. Voilà pourquoi, comme nous l'expliquerons, il incombe désormais au ministère public de justifier les délais qui dépassent le plafond. C'est aussi pour cette raison que l'inculpé pourra, dans les cas manifestes, démontrer qu'il y a eu atteinte à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable, et ce, même avant l'atteinte du plafond.

[57] Il n'y a guère de raisons de se contenter d'un plafond présumé fixé à 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale et d'un plafond

30 months for cases going to trial in the superior court. This is a long time to wait for justice. But the ceiling reflects the realities we currently face. We may have to revisit these numbers and the considerations that inform them in the future.

[58] Our colleague Cromwell J. misapprehends the effect of the presumptive ceiling, asserting that this framework "reduces reasonableness to two numerical ceilings" (para. 254). As we will explain in greater detail, this is clearly not so. The presumptive ceiling marks the point at which the burden shifts from the defence to prove that the delay was unreasonable, to the Crown to justify the length of time the case has taken. As our colleague acknowledges, pursuant to our framework, "the judge must look at the circumstances of the particular case at hand" in assessing the reasonableness of a delay (para. 301).

[59] We now turn to discussing the various case-specific factors that must be accounted for both above and below the presumptive ceiling.

C. *Accounting for Defence Delay*

[60] Application of this framework, as under the *Morin* framework, begins with calculating the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial. Once that is determined, delay attributable to the defence must be subtracted. The defence should not be allowed to benefit from its own delay-causing conduct. As Sopinka J. wrote in *Morin*: "The purpose of s. 11(*b*) is to expedite trials and minimize prejudice and not to avoid trials on the merits" (p. 802).

[61] Defence delay has two components. The first is delay waived by the defence (*Askov*, at pp. 1228-29; *Morin*, at pp. 790-91). Waiver can be explicit or implicit, but in either case, it must be clear and

fixé à 30 mois pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Il s'agit de longs délais pour que justice soit rendue. Cependant, ces plafonds reflètent les réalités auxquelles nous devons faire face; nous aurons peut-être un jour à revoir ces chiffres et les considérations qui les sous-tendent.

[58] Notre collègue, le juge Cromwell, interprète mal l'effet du plafond présumé lorsqu'il affirme que le cadre d'analyse que nous proposons « ramène la question du caractère raisonnable à deux plafonds numériques » (par. 254). Comme nous l'expliquerons plus en détail, ce n'est clairement pas le cas. Le plafond présumé situe le moment à partir duquel le fardeau qui incombe à la défense de prouver que le délai a été déraisonnable passe au ministère public qui doit alors justifier le temps qu'il a fallu pour instruire l'affaire. Comme le reconnaît notre collègue, selon le cadre d'analyse que nous proposons, « le juge devra [. . .] examiner les circonstances du cas qui lui est soumis » pour juger du caractère raisonnable d'un délai (par. 301).

[59] Nous aborderons maintenant les divers facteurs propres à chaque cas dont il faut tenir compte pour juger du caractère raisonnable des délais, qu'ils soient inférieurs ou supérieurs au plafond présumé.

C. *Prise en compte du délai imputable à la défense*

[60] L'application du cadre d'analyse établi en l'espèce, tout comme celle du cadre établi dans *Morin*, commence par le calcul du délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès. Une fois ce délai établi, il faut en soustraire le délai imputable à la défense. En effet, cette dernière ne doit pas être autorisée à profiter de sa propre conduite à l'origine du délai. Pour reprendre les propos du juge Sopinka dans *Morin*, « [l]'alinéa 11*b*) a pour but d'accélérer les procès et de réduire les préjudices et non pas d'éviter qu'une personne subisse son procès sur le fond » (p. 802).

[61] Le délai imputable à la défense comporte deux volets. Le premier concerne le délai que la défense renonce à invoquer (*Askov*, p. 1228-1229; *Morin*, p. 790-791). La renonciation peut être

unequivocal. The accused must have full knowledge of his or her rights, as well as the effect waiver will have on those rights. However, as in the past, "[i]n considering the issue of 'waiver' in the context of s. 11(*b*), it must be remembered that it is not the right itself which is being waived, but merely the inclusion of specific periods in the overall assessment of reasonableness" (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, per L'Heureux-Dubé J., at p. 1686).

[62] Accused persons sometimes, either before or during their preliminary hearing, wish to re-elect from a superior court trial to a provincial court trial for legitimate reasons. To do so, the Crown's consent must be obtained (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 561). Of course, it would generally be open to the Crown to ask the accused to waive the delay stemming from the re-election as a condition of its consent.

[63] The second component of defence delay is delay caused solely by the conduct of the defence. This kind of defence delay comprises "those situations where the accused's acts either directly caused the delay . . . or the acts of the accused are shown to be a deliberate and calculated tactic employed to delay the trial" (*Askov*, at pp. 1227-28). Deliberate and calculated defence tactics aimed at causing delay, which include frivolous applications and requests, are the most straightforward examples of defence delay. Trial judges should generally dismiss such applications and requests the moment it becomes apparent they are frivolous.

[64] As another example, the defence will have directly caused the delay if the court and the Crown are ready to proceed, but the defence is not. The period of delay resulting from that unavailability will be attributed to the defence. However, periods of time during which the court and the Crown are unavailable will not constitute defence delay, even if defence counsel is also unavailable. This should discourage unnecessary inquiries into defence counsel availability at each appearance. Beyond defence

explicite ou implicite, mais elle doit être claire et sans équivoque dans les deux cas. L'inculpé doit avoir pleinement connaissance de ses droits et de l'effet que la renonciation aura sur eux. Comme par le passé toutefois, « [d]ans l'examen de la question de la "renonciation", dans le contexte de l'al. 11*b*), il ne faut pas perdre de vue [qu'elle] ne vise pas le droit lui-même, mais simplement l'inclusion de certaines périodes dans l'appréciation générale du caractère raisonnable » (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, la juge L'Heureux-Dubé, p. 1686).

[62] Les accusés ont parfois des raisons valables de vouloir réexercer leur option et de choisir — soit avant, soit pendant leur enquête préliminaire — de ne plus être jugés par une cour supérieure, mais plutôt de l'être par une cour provinciale. Pour ce faire, ils doivent obtenir le consentement du poursuivant (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 561). Bien sûr, il serait généralement loisible au ministère public de poser comme condition à son consentement que l'accusé renonce à invoquer le délai découlant du nouveau choix.

[63] Le deuxième volet du délai imputable à la défense concerne le délai qui résulte uniquement de la conduite de cette dernière. Ce genre de délai englobe « les cas où la conduite de l'accusé a causé directement [. . .] le délai [. . .] ou ceux où les actes de [ce dernier] révèlent le recours délibéré à une tactique qui vise à retarder le procès » (*Askov*, p. 1227-1228). Le recours délibéré de la défense à des tactiques dilatoires, notamment à des demandes frivoles, est l'exemple le plus simple de délai imputable à la défense. Les juges de première instance doivent généralement rejeter pareilles demandes dès qu'il apparaît évident qu'elles sont frivoles.

[64] Autre exemple, la défense cause directement le délai si le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder, mais pas elle. Le retard découlant de ce manque de disponibilité sera imputé à la défense. Toutefois, les périodes durant lesquelles le tribunal et le ministère public ne sont pas disponibles ne constituent pas un délai imputable à la défense même si l'avocat de la défense n'est pas disponible lui non plus. Cela devrait décourager les interrogations inutiles sur la disponibilité de l'avocat

unavailability, it will of course be open to trial judges to find that other defence actions or conduct have caused delay (see, e.g., *R. v. Elliott* (2003), 114 C.R.R. (2d) 1 (Ont. C.A.), at paras. 175-82).

[65] To be clear, defence actions legitimately taken to respond to the charges fall outside the ambit of defence delay. For example, the defence must be allowed preparation time, even where the court and the Crown are ready to proceed. In addition, defence applications and requests that are not frivolous will also generally not count against the defence. We have already accounted for procedural requirements in setting the ceiling. And such a deduction would run contrary to the accused's right to make full answer and defence. While this is by no means an exact science, first instance judges are uniquely positioned to gauge the legitimacy of defence actions.

[66] To summarize, as a first step, total delay must be calculated, and defence delay must be deducted. Defence delay comprises delays waived by the defence, and delays caused solely or directly by the defence's conduct. Defence actions legitimately taken to respond to the charges do not constitute defence delay.

[67] The next step of the analysis depends upon whether the remaining delay — that is, the delay which was not caused by the defence — is *above* or *below* the presumptive ceiling.

D. *Above the Ceiling — Presumptively Unreasonable Delay*

[68] Delay (minus defence delay) that exceeds the ceiling is presumptively unreasonable. The Crown may rebut this presumption by showing that the delay is reasonable because of the presence of exceptional circumstances.

de la défense lors de chaque comparution. Outre le manque de disponibilité de la défense, le juge du procès peut évidemment conclure que d'autres mesures ou actes de la défense ont causé le délai (voir, p. ex., *R. c. Elliott* (2003), 114 C.R.R. (2d) 1 (C.A. Ont.), par. 175-182).

[65] Pour éviter toute confusion, nous précisons que le temps nécessaire pour traiter les mesures prises légitimement par la défense afin de répondre aux accusations portées contre elle est exclu du délai qui lui est imputable. Par exemple, il faut donner à la défense le temps de se préparer, même lorsque le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder. Qui plus est, les demandes non frivoles de la défense ne compteront généralement pas non plus contre elle. Nous avons déjà tenu compte des exigences procédurales au moment de fixer le plafond, et pareille déduction irait à l'encontre du droit de l'inculpé de présenter une défense pleine et entière. Bien qu'il ne s'agisse aucunement d'une science exacte, les juges de première instance sont particulièrement bien placés pour juger de la légitimité des agissements de la défense.

[66] En somme, il faut tout d'abord calculer le délai total et en déduire le délai imputable à la défense, lequel comprend les périodes que la défense renonce à invoquer et les retards causés uniquement ou directement par sa conduite, sachant que le temps nécessaire pour traiter les mesures qu'elle prend légitimement afin de répondre aux accusations ne constitue pas un délai qui lui est imputable.

[67] La suite de l'analyse dépend de la question de savoir si le reste du délai — c'est-à-dire le délai qui n'a pas été causé par la défense — se situe *au-delà* ou *en deçà* du plafond présumé.

D. *Au-delà du plafond — Le délai est présumé déraisonnable*

[68] Un délai (moins celui attribuable à la défense) qui excède le plafond est présumé déraisonnable. Le ministère public peut réfuter cette présomption en démontrant que ce délai a été raisonnable vu l'existence de circonstances exceptionnelles.

Exceptional Circumstances

[69] Exceptional circumstances lie *outside the Crown's control* in the sense that (1) they are reasonably unforeseen *or* reasonably unavoidable, *and* (2) Crown counsel cannot reasonably remedy the delays emanating from those circumstances once they arise. So long as they meet this definition, they will be considered exceptional. They need not meet a further hurdle of being rare or entirely uncommon.

[70] It is not enough for the Crown, once the ceiling is breached, to point to a past difficulty. It must also show that it took reasonable available steps to avoid and address the problem *before* the delay exceeded the ceiling. This might include prompt resort to case management processes to seek the assistance of the court, or seeking assistance from the defence to streamline evidence or issues for trial or to coordinate pre-trial applications, or resorting to any other appropriate procedural means. The Crown, we emphasize, is not required to show that the steps it took were ultimately successful — rather, just that it took reasonable steps in an attempt to avoid the delay.

[71] It is obviously impossible to identify in advance all circumstances that may qualify as "exceptional" for the purposes of adjudicating a s. 11(*b*) application. Ultimately, the determination of whether circumstances are "exceptional" will depend on the trial judge's good sense and experience. The list is not closed. However, in general, exceptional circumstances fall under two categories: discrete events and particularly complex cases.

[72] Commencing with the former, by way of illustration, it is to be expected that medical or family emergencies (whether on the part of the accused,

Circonstances exceptionnelles

[69] Des circonstances exceptionnelles sont des circonstances *indépendantes de la volonté du ministère public*, c'est-à-dire (1) qu'elles sont raisonnablement imprévues *ou* raisonnablement inévitables, *et* (2) que l'avocat du ministère public ne peut raisonnablement remédier aux délais lorsqu'ils surviennent. Dans la mesure où elles répondent à cette définition, les circonstances sont jugées exceptionnelles. Il n'est pas nécessaire qu'elles satisfassent à un autre critère en étant rares ou tout à fait insolites.

[70] Une fois que le plafond est dépassé, le ministère public ne peut se contenter d'invoquer une difficulté passée. Il doit aussi démontrer qu'il a pris des mesures raisonnables qui étaient à sa portée pour éviter et régler le problème *avant* que le délai maximal applicable — le plafond — ne soit dépassé. Il pourrait notamment démontrer avoir recouru promptement aux processus de gestion d'instance pour obtenir l'aide du tribunal, avoir sollicité l'assistance de la défense pour simplifier la preuve ou les questions en litige ou pour coordonner les demandes préalables au procès, ou encore avoir utilisé tout autre moyen procédural approprié. Le ministère public, soulignons-le, n'est pas tenu de démontrer que les mesures qu'il a prises ont été couronnées de succès — il doit plutôt uniquement établir qu'il a pris des mesures raisonnables pour éviter le délai.

[71] Il est manifestement impossible de déterminer a priori toutes les circonstances qui peuvent se qualifier d'« exceptionnelles » lorsqu'il s'agit de trancher une demande fondée sur l'al. 11*b*). En fin de compte, la réponse à cette question du caractère « exceptionnel » des circonstances dépendra du bon sens et de l'expérience du juge de première instance. Une liste des circonstances de ce type ne saurait être exhaustive. Ces circonstances se divisent toutefois généralement en deux catégories : les événements distincts et les affaires particulièrement complexes.

[72] Commençons, à titre d'illustration, par les événements distincts. On peut s'attendre à ce que les urgences médicales ou familiales (de l'accusé, de

important witnesses, counsel or the trial judge) would generally qualify. Cases with an international dimension, such as cases requiring the extradition of an accused from a foreign jurisdiction, may also meet the definition.

[73] Discrete, exceptional events that arise at trial may also qualify and require some elaboration. Trials are not well-oiled machines. Unforeseeable or unavoidable developments can cause cases to quickly go awry, leading to delay. For example, a complainant might unexpectedly recant while testifying, requiring the Crown to change its case. In addition, if the trial goes longer than reasonably expected — even where the parties have made a good faith effort to establish realistic time estimates — then it is likely the delay was unavoidable and may therefore amount to an exceptional circumstance.

[74] Trial judges should be alive to the practical realities of trials, especially when the trial was scheduled to conclude below the ceiling but, in the end, exceeded it. In such cases, the focus should be on whether the Crown made reasonable efforts to respond and to conclude the trial under the ceiling. Trial judges should also bear in mind that when an issue arises at trial close to the ceiling, it will be more difficult for the Crown and the court to respond with a timely solution. For this reason, it is likely that unforeseeable or unavoidable delays occurring during trials that are scheduled to wrap up close to the ceiling will qualify as presenting exceptional circumstances.

[75] The period of delay caused by any discrete exceptional events must be subtracted from the total period of delay for the purpose of determining whether the ceiling has been exceeded. Of course, the Crown must always be prepared to mitigate

témoins importants, d'un avocat ou du juge de première instance) satisferont généralement aux conditions exigées. Les affaires revêtant une dimension internationale, comme celles qui exigent que l'accusé soit extradé d'un pays étranger, peuvent également répondre à la définition.

[73] Les événements distincts et exceptionnels qui surviennent au procès peuvent également satisfaire aux conditions requises, et exigent certaines précisions. Les procès ne constituent pas des machines bien huilées. Des événements imprévisibles ou inévitables peuvent faire rapidement mal tourner une affaire et entraîner des délais. À titre d'exemple, un plaignant peu, de manière inattendue, se rétracter pendant son témoignage, ce qui oblige le ministère public à modifier son approche. En outre, si le procès a été plus long que ce à quoi on pouvait raisonnablement s'attendre — même lorsque les parties ont fait des efforts de bonne foi pour établir des estimations de temps réalistes —, le délai était vraisemblablement inévitable et est donc susceptible de constituer une circonstance exceptionnelle.

[74] Le juge de première instance doit être conscient des difficultés pratiques d'un procès, en particulier lorsque ce dernier devait se conclure dans un délai inférieur au plafond établi, mais que, en fin de compte, il l'a excédé. Dans de tels cas, l'analyse doit s'attacher à la question de savoir si le ministère public s'est raisonnablement efforcé de réagir à la situation et de conclure le procès dans un délai inférieur au plafond. Le juge du procès doit également garder à l'esprit que, lorsqu'une question est soulevée au procès peu avant l'expiration du délai maximal applicable, il sera plus difficile pour le ministère public et le tribunal de trouver une solution en temps utile. C'est pourquoi il est probable que des délais imprévisibles ou inévitables qui surviennent lors de procès devant se conclure peu avant l'atteinte du plafond applicable soient qualifiés de circonstances exceptionnelles.

[75] La durée du délai causé par tout événement exceptionnel distinct doit être soustraite de la durée totale du délai lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a ou non dépassement du plafond applicable. Bien sûr, le ministère public doit toujours être prêt

the delay resulting from a discrete exceptional circumstance. So too must the justice system. Within reason, the Crown and the justice system should be capable of prioritizing cases that have faltered due to unforeseen events (see *R. v. Vassell*, 2016 SCC 26, [2016] 1 S.C.R. 625). Thus, any portion of the delay that the Crown and the system could reasonably have mitigated may not be subtracted (i.e. it may not be appropriate to subtract the entire period of delay occasioned by discrete exceptional events).

[76] If the remaining delay falls below the ceiling, the accused may still demonstrate in clear cases that the delay is unreasonable as outlined below. If, however, the remaining delay exceeds the ceiling, the delay is unreasonable and a stay of proceedings must be entered.

[77] As indicated, exceptional circumstances also cover a second category, namely, cases that are particularly complex. This too requires elaboration. Particularly complex cases are cases that, because of the nature of the *evidence* or the nature of the *issues*, require an inordinate amount of trial or preparation time such that the delay is justified. As for the nature of the evidence, hallmarks of particularly complex cases include voluminous disclosure, a large number of witnesses, significant requirements for expert evidence, and charges covering a long period of time. Particularly complex cases arising from the nature of the issues may be characterized by, among other things, a large number of charges and pre-trial applications, novel or complicated legal issues, and a large number of significant issues in dispute. Proceeding jointly against multiple co-accused, so long as it is in the interest of justice to do so, may also impact the complexity of the case.

à atténuer le délai découlant d'une circonstance exceptionnelle distincte. Il doit en être de même du système de justice. Dans la mesure de ce qui est raisonnable, le ministère public et le système judiciaire devraient être en mesure de donner la priorité aux causes dont le déroulement a été défaillant en raison d'événements imprévus (voir *R. c. Vassell*, 2016 CSC 26, [2016] 1 R.C.S. 625). Ainsi, toute portion du délai que le ministère public et le système judiciaire pourraient raisonnablement avoir atténué ne peut être soustraite du délai total écoulé (c.-à-d. qu'il pourrait ne pas être indiqué de soustraire l'entièreté de la période découlant des événements exceptionnels distincts).

[76] Comme il sera expliqué ci-après, si le délai restant est inférieur au plafond, l'accusé peut toujours démontrer, dans des cas manifestes, qu'il est néanmoins déraisonnable. Si, toutefois, le délai restant excède ce plafond, il est déraisonnable et un arrêt des procédures doit être ordonné.

[77] Comme nous l'avons précisé antérieurement, il existe aussi une seconde catégorie de circonstances exceptionnelles : les affaires particulièrement complexes. Ici encore, certaines précisions s'imposent. Les affaires de ce genre sont celles qui, eu égard à la nature de la *preuve* ou des *questions soulevées*, exigent un procès ou une période de préparation d'une durée exceptionnelle, si bien que le délai est justifié. Pour ce qui est de la nature de la preuve, les affaires particulièrement complexes présentent notamment les caractéristiques suivantes : la communication d'une preuve volumineuse, un grand nombre de témoins, des exigences importantes applicables au témoignage d'expert, ainsi que des accusations qui portent sur de longues périodes. Les causes particulièrement complexes en raison de la nature des questions soulevées peuvent se caractériser notamment par un grand nombre d'accusations et de demandes préalables au procès, par la présence de questions de droit inédites ou complexes, ainsi que par un grand nombre de questions litigieuses importantes. Le fait de poursuivre conjointement plusieurs coaccusés, dans la mesure où il est dans l'intérêt de la justice de le faire, peut aussi avoir une incidence sur la complexité de la cause.

[78] A typical murder trial will not usually be sufficiently complex to comprise an exceptional circumstance. However, if an inordinate amount of trial or preparation time is needed as a result of the nature of the evidence or the issues such that the time the case has taken is justified, the complexity of the case will qualify as presenting an exceptional circumstance.

[79] It bears reiterating that such determinations fall well within the trial judge's expertise. And, of course, the trial judge will also want to consider whether the Crown, having initiated what could reasonably be expected to be a complex prosecution, developed and followed a concrete plan to minimize the delay occasioned by such complexity (*R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83, at para. 2). Where it has failed to do so, the Crown will not be able to show exceptional circumstances, because it will not be able to show that the circumstances were outside its control. In a similar vein, and for the same reason, the Crown may wish to consider whether multiple charges for the same conduct, or trying multiple co-accused together, will unduly complicate a proceeding. While the court plays no supervisory role for such decisions, Crown counsel must be alive to the fact that any delay resulting from their prosecutorial discretion must conform to the accused's s. 11(*b*) right (see, e.g., *Vassell*). As this Court said in *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760:

Certainly, it is within the Crown's discretion to prosecute charges where the evidence would permit a reasonable jury to convict. However, some semblance of a cost-benefit analysis would serve the justice system well. Where the additional or heightened charges are marginal, and pursuing them would necessitate a substantially more complex trial process and jury charge, the Crown should carefully consider whether the public interest would be better served by either declining to prosecute the marginal charges from the outset or deciding not

[78] Un procès pour meurtre typique ne sera en général pas suffisamment complexe pour constituer une circonstance exceptionnelle. Cependant, si un procès ou une période de préparation d'une durée exceptionnelle s'imposent compte tenu de la nature de la preuve ou des questions soulevées — de sorte que la durée de l'affaire est justifiée —, on pourra conclure que la complexité du dossier constitue une circonstance exceptionnelle.

[79] Il convient de rappeler que ces décisions relèvent entièrement de l'expertise du juge de première instance. Bien entendu, celui-ci voudra également se pencher sur la question de savoir si le ministère public, qui a introduit ce qui semblait raisonnablement être une poursuite complexe, a établi et suivi un plan concret pour réduire au minimum les retards occasionnés par une telle complexité (*R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83, par. 2). S'il ne l'a pas fait, le ministère public ne sera pas en mesure d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles, parce qu'il ne pourra pas démontrer que les circonstances en question étaient indépendantes de sa volonté. Dans le même ordre d'idées, et pour la même raison, le ministère public pourrait vouloir se demander si l'existence de multiples accusations pour la même conduite ou si le fait de juger plusieurs coaccusés en même temps a pour effet de compliquer indûment l'instance. Même si le tribunal ne joue aucun rôle de surveillance à l'égard de telles décisions, l'avocat du ministère public doit être conscient du fait que tout délai qui découle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant doit respecter les droits de l'accusé protégés par l'al. 11*b*) (voir, p. ex., *Vassell*). Comme la Cour l'a affirmé dans *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760 :

Certes, il est loisible au ministère public d'intenter des poursuites lorsque la preuve permettrait à un jury raisonnable de déclarer l'accusé coupable. Toutefois, une sorte d'analyse de rentabilité servirait également le système de justice. Lorsque les autres accusations ou les accusations plus sévères sont d'importance secondaire et que la poursuite relative à ces accusations nécessiterait un procès et des directives au jury beaucoup plus complexes, le ministère public devrait sérieusement se demander si l'intérêt public serait mieux servi en décidant dès le départ

to pursue them once the evidence at trial is complete. [para. 45]

[80] Where the trial judge finds that the case was particularly complex such that the time the case has taken is justified, the delay is reasonable and no stay will issue. No further analysis is required.

[81] To be clear, the presence of exceptional circumstances is *the only basis* upon which the Crown can discharge its burden to justify a delay that exceeds the ceiling. As discussed, an exceptional circumstance can arise from a discrete event (such as an illness, extradition proceeding, or unexpected event at trial) or from a case's complexity. The seriousness or gravity of the offence cannot be relied on, although the more complex cases will often be those involving serious charges, such as terrorism, organized crime, and gang-related activity. Nor can chronic institutional delay be relied upon. Perhaps most significantly, the absence of prejudice can in no circumstances be used to justify delays after the ceiling is breached. Once so much time has elapsed, only circumstances that are genuinely outside the Crown's control and ability to remedy may furnish a sufficient excuse for the prolonged delay.

E. *Below the Presumptive Ceiling*

[82] A delay may be unreasonable even if it falls below the presumptive ceiling. If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay and delay attributable to exceptional circumstances that are discrete in nature) is less than 18 months for cases going to trial in the provincial court, or 30 months for cases going to trial in the superior court, then the defence bears the onus to show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish

de ne pas intenter de poursuite relativement aux accusations d'importance secondaire, ou en décidant de ne pas y donner suite lorsque la preuve au procès est complète. [par. 45]

[80] Lorsque le juge conclut que l'affaire était particulièrement complexe, de sorte que sa durée était justifiée, le délai est jugé raisonnable et aucun arrêt des procédures n'est ordonné. Aucune autre analyse n'est nécessaire.

[81] En termes clairs, la présence de circonstances exceptionnelles sera *le seul fondement* permettant au ministère public de s'acquitter du fardeau qui lui incombera de justifier un délai qui excède le plafond établi. Comme nous l'avons vu, une circonstance exceptionnelle peut découler d'un événement distinct (comme une maladie, une procédure d'extradition ou un imprévu au procès) ou de la complexité d'une cause. La gravité de l'infraction ne peut servir à justifier le délai, même si les causes plus complexes seront souvent celles qui mettent en cause des accusations graves, comme le terrorisme, le crime organisé et les activités liées à une organisation criminelle. Les délais institutionnels chroniques ne peuvent non plus servir de fondement au dépassement du plafond. Fait peut-être plus important encore, l'absence de préjudice ne peut en aucun cas servir à justifier des délais lorsque le plafond est dépassé. Quand il s'est écoulé autant de temps, seules des circonstances véritablement indépendantes de la volonté du ministère public et auxquelles celui-ci ne pouvait remédier peuvent donner une excuse suffisante pour justifier le délai prolongé.

E. *Délai inférieur au plafond présumé*

[82] Un délai peut être déraisonnable même s'il est inférieur au plafond présumé applicable. Si le temps total écoulé entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou prévue du procès — moins les retards imputables à la défense et ceux attribuables à des circonstances exceptionnelles de nature distincte — est inférieur à 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale, ou à 30 mois pour celles portées devant une cour supérieure, il incombe à la défense de démontrer

two things: (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, *and* (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. Absent these two factors, the s. 11(*b*) application must fail.

[83] We expect stays beneath the ceiling to be granted only in clear cases. As we have said, in setting the ceiling, we factored in the tolerance for reasonable institutional delay established in *Morin*, as well as the inherent needs and the increased complexity of most cases.

(1) Defence Initiative — Meaningful and Sustained Steps

[84] To discharge its onus where delay falls below the ceiling, the defence must demonstrate that it took meaningful, sustained steps to expedite the proceedings. "Action or non-action by the accused which is inconsistent with a desire for a timely trial is something that the court must consider" (*Morin*, at p. 802). Here, the trial judge should consider what the defence could have done, and what it actually did, to get the case heard as quickly as possible. Substance matters, not form.

[85] To satisfy this criterion, it is not enough for the defence to make token efforts such as to simply put on the record that it wanted an earlier trial date. Since the defence benefits from a strong presumption in favour of a stay once the ceiling is exceeded, it is incumbent on the defence, in order to justify a stay below the ceiling, to demonstrate having taken meaningful and sustained steps to be tried quickly. While the defence might not be able to resolve the Crown's or the trial court's challenges, it falls to the defence to show that it attempted to set the earliest possible hearing dates, was cooperative with and responsive to the Crown and the court, put the

que celui-ci a été déraisonnable. Pour ce faire, la défense doit établir deux choses : (1) qu'elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance, *et* (2) que le procès a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être. En l'absence de l'un ou l'autre de ces deux facteurs, la demande fondée sur l'al. 11*b*) doit être rejetée.

[83] Nous nous attendons à ce que les arrêts de procédures accordés dans le contexte de délais inférieurs au plafond ne le soient que dans des cas manifestes. Comme nous l'avons mentionné, en établissant le plafond, nous avons tenu compte de l'indulgence voulue pour le délai institutionnel raisonnable établi dans *Morin*, de même que des besoins inhérents à la plupart des causes et de leur complexité accrue.

(1) L'initiative dont a fait preuve la défense — Mesures utiles et soutenues

[84] Pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe lorsque le délai est inférieur au plafond applicable, la défense doit démontrer qu'elle a pris des mesures utiles et soutenues pour accélérer la procédure. « Le tribunal doit tenir compte de l'action ou de l'inaction de l'accusé qui ne correspond pas à un désir d'être jugé rapidement » (*Morin*, p. 802). En l'espèce, le juge du procès devrait se demander ce que la défense aurait pu faire, et ce qu'elle a effectivement fait, pour que la cause soit entendue le plus rapidement possible. Ce qui importe, c'est le fond et non la forme.

[85] Pour satisfaire à ce critère, la défense ne peut se contenter de faire des efforts symboliques comme de simplement consigner au dossier qu'elle voulait une date de procès plus hâtive. Comme elle bénéficie d'une forte présomption pour un arrêt des procédures en cas de dépassement du délai maximal applicable, pour en obtenir un lorsque ce plafond n'est pas franchi, la défense doit démontrer qu'elle a pris des mesures utiles et soutenues pour que l'accusé soit jugé rapidement. Bien qu'elle puisse être incapable de résoudre les défis auxquels sont confrontés le ministère public ou le tribunal de première instance, la défense doit démontrer

Crown on timely notice when delay was becoming a problem, and conducted all applications (including the s. 11(*b*) application) reasonably and expeditiously. At the same time, trial judges should not take this opportunity, with the benefit of hindsight, to question every decision made by the defence. The defence is required to act reasonably, not perfectly.

[86] Our colleague Cromwell J. criticizes this requirement as diminishing the right to be tried within a reasonable time. We respectfully disagree. First, this Court already considers defence conduct in assessing s. 11(*b*) applications. And the level of diligence displayed by the accused is relevant in the context of other *Charter* rights as well, like the s. 10(*b*) right to counsel (*R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at p. 439). Second, as mentioned, the requirement of defence initiative below the ceiling is a corollary to the Crown's justificatory burden above the ceiling. Third, this requirement reflects the practical reality that a level of cooperation between the parties is necessary in planning and conducting a trial. Encouraging the defence to be part of the solution will have positive ramifications not only for individual cases but for the entire justice system, thereby enhancing — rather than diminishing — timely justice.

qu'elle a essayé d'obtenir les dates les plus rapprochées possible pour la tenue de l'audience, qu'elle a collaboré avec le ministère public et le tribunal et a répondu à leurs efforts, qu'elle a avisé le ministère public en temps opportun que le délai commençait à poser problème, et qu'elle a mené toutes les demandes (y compris celle fondée sur l'al. 11*b*)) de manière raisonnable et expéditive. Cela dit, le juge du procès ne doit pas profiter de l'occasion, avec l'avantage du recul, pour remettre en question chacune des décisions de la défense. Cette dernière est tenue d'agir raisonnablement, non pas à la perfection.

[86] Notre collègue, le juge Cromwell, critique cette exigence parce qu'il estime qu'elle restreint le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas d'accord. Premièrement, la Cour prend déjà en considération la conduite de la défense pour juger des demandes fondées sur l'al. 11*b*). En outre, le degré de diligence dont a fait preuve l'accusé est aussi pertinent dans le contexte d'autres droits protégés par la *Charte*, par exemple en ce qui a trait au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*) (*R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, p. 439). Deuxièmement, comme nous l'avons mentionné, l'exigence quant à l'initiative dont doit avoir fait preuve la défense lorsque le délai est inférieur au plafond est le corollaire du fardeau qui incombe au ministère public de justifier le temps qu'il a fallu pour instruire l'affaire dans les cas où le délai a dépassé le plafond. Troisièmement, cette exigence est le reflet de la réalité sur le plan pratique qu'il faut un certain degré de coopération entre les parties pour planifier et instruire un procès. Encourager la défense à faire partie de la solution aura des conséquences positives non seulement pour les causes prises individuellement, mais également pour l'ensemble du système de justice, et cela aura pour conséquence d'améliorer la performance de ce dernier sur le plan des délais et non l'inverse.

(2) Reasonable Time Requirements of the Case — Time Markedly Exceeded

[87] Next, the defence must show that the time the case has taken markedly exceeds the reasonable time requirements of the case. The reasonable time requirements of a case derive from a variety of factors, including the complexity of the case, local considerations, and whether the Crown took reasonable steps to expedite the proceedings.

[88] The reasonable time requirements of the case will increase proportionally to a case's complexity. As Sopinka J. wrote in *Morin*: "All other factors being equal, the more complicated a case, the longer it will take counsel to prepare for trial and for the trial to be conducted once it begins" (pp. 791-92).

[89] In considering the reasonable time requirements of the case, trial judges should also employ the knowledge they have of their own jurisdiction, including how long a case of that nature typically takes to get to trial in light of the relevant local and systemic circumstances.

[90] Where the Crown has done its part to ensure that the matter proceeds expeditiously — including genuinely responding to defence efforts, seeking opportunities to streamline the issues and evidence, and adapting to evolving circumstances as the case progresses — it is unlikely that the reasonable time requirements of the case will have been markedly exceeded. As with assessing the conduct of the defence, trial judges should not hold the Crown to a standard of perfection.

[91] Determining whether the time the case has taken markedly exceeds what was reasonably required is not a matter of precise calculation. Trial judges should not parse each day or month, as has

(2) Délai raisonnable nécessaire pour juger l'affaire — Délai dépassé de manière manifeste

[87] En outre, la défense doit démontrer que le temps qu'a pris la cause excède de manière manifeste le délai qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger l'affaire. Le délai raisonnable nécessaire pour instruire une cause dépend d'une panoplie de facteurs, y compris la complexité du dossier, des considérations de nature locale, et la question de savoir si le ministère public a pris des mesures raisonnables pour accélérer l'instance.

[88] Ce délai raisonnable nécessaire augmente proportionnellement à la complexité de l'affaire. Comme l'a écrit le juge Sopinka dans l'arrêt *Morin*, « [t]ous les autres facteurs étant égaux, une affaire plus compliquée demandera plus de temps de préparation à l'avocat et le procès durera plus longtemps une fois qu'il sera commencé » (p. 792).

[89] Lorsqu'il examine le délai raisonnable nécessaire pour instruire une cause, le juge du procès doit aussi tenir compte de la connaissance qu'il a de sa propre juridiction, y compris du temps que prend généralement un procès du type de celui dont il est saisi pour arriver à procès eu égard aux circonstances locales et systémiques.

[90] Lorsque le ministère public a contribué à garantir que le dossier procède de manière diligente — y compris en répondant réellement aux efforts de la défense, en cherchant les occasions de simplifier les questions en litige et la preuve, de même qu'en adaptant son approche aux circonstances au fur et à mesure que le dossier a progressé —, il est improbable que le délai raisonnable nécessaire de l'instance ait été dépassé de manière manifeste. À l'instar de l'attitude qu'il doit adopter lorsqu'il examine la conduite de la défense, le juge du procès ne doit pas exiger du ministère public qu'il satisfasse à une norme de perfection.

[91] Le fait de déterminer si le temps qu'a pris une affaire à être jugée a excédé de manière manifeste ce qui était raisonnablement nécessaire n'est pas une question de calculs précis. Le juge de

been the common practice since *Morin*, to determine whether each step was reasonably required. Instead, trial judges should step back from the minutiae and adopt a bird's-eye view of the case. All this said, this determination is a question of fact falling well within the expertise of the trial judge (*Morin*, per Sopinka J., at pp. 791-92).

F. *Applying the New Framework to Cases Already in the System*

[92] When this Court released its decision in *Askov*, tens of thousands of charges were stayed in Ontario alone as a result of the abrupt change in the law. Such swift and drastic consequences risk undermining the integrity of the administration of justice.

[93] We recognize that this new framework is a departure from the law that was applied to s. 11(*b*) applications in the past. A judicial change in the law is presumed to operate retroactively and apply to past conduct (*Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 84). Slightly more relaxed rules apply to judicial changes to the interpretation of constitutional provisions (para. 88). Transition periods, suspended declarations of invalidity, and purely prospective remedies are part of the discretionary remedial framework of our constitutional law (paras. 88-92; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 217-18; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117).

[94] Here, there are a variety of reasons to apply the framework contextually and flexibly for cases currently in the system, one being that it is not fair to strictly judge participants in the criminal justice system against standards of which they had no notice. Further, this new framework creates incentives for both the Crown and the defence to expedite criminal cases. However, in jurisdictions where

première instance ne devrait pas disséquer chaque jour ou chaque mois pour déterminer si chaque étape était raisonnablement nécessaire — comme le veut la pratique courante depuis l'arrêt *Morin*. Il devrait plutôt prendre du recul par rapport aux menus détails et examiner l'affaire dans son ensemble. Cela dit, cette détermination est une question de fait qui relève entièrement de l'expertise du juge de première instance (*Morin*, le juge Sopinka, p. 791-792).

F. *Appliquer le nouveau cadre d'analyse aux affaires déjà en cours*

[92] Quand la Cour a rendu sa décision dans *Askov*, des dizaines de milliers d'accusations ont fait l'objet d'un arrêt des procédures en Ontario seulement, en raison de la modification soudaine du droit. De tels virages et les conséquences radicales qu'ils entraînent peuvent compromettre l'intégrité de l'administration de la justice.

[93] Nous reconnaissons que le nouveau cadre d'analyse établi en l'espèce s'écarte des règles qui s'appliquaient antérieurement aux demandes fondées sur l'al. 11*b*). Une modification judiciaire du droit applicable est présumée avoir une application rétroactive et s'appliquer à une conduite antérieure (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 84). Des règles légèrement plus souples s'appliquent lorsque les tribunaux modifient l'interprétation donnée à des dispositions constitutionnelles (par. 88). L'établissement d'une période de transition, la suspension de la période d'invalidité et les mesures de redressement valables uniquement pour l'avenir font partie du cadre réparateur discrétionnaire établi par notre droit constitutionnel (par. 88-92; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 217-218; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117).

[94] Dans le cas présent, il existe diverses raisons pour appliquer le cadre d'analyse selon le contexte et avec souplesse aux affaires déjà en cours, l'une étant qu'il ne serait pas juste de juger rigoureusement les participants au système de justice criminelle au regard de normes dont ils n'avaient pas connaissance. De plus, ce nouveau régime incite tant le ministère public que la défense à accélérer

prolonged delays are the norm, it will take time for these incentives to shift the culture. As well, the administration of justice cannot tolerate a recurrence of what transpired after the release of *Askov*, and this contextual application of the framework is intended to ensure that the post-*Askov* situation is not repeated.

[95] The new framework, including the presumptive ceiling, applies to cases currently in the system, subject to two qualifications.

[96] First, for cases in which the delay *exceeds* the ceiling, a transitional exceptional circumstance may arise where the charges were brought prior to the release of this decision. This transitional exceptional circumstance will apply when the Crown satisfies the court that the time the case has taken is justified based on the parties' reasonable reliance on the law as it previously existed. This requires a contextual assessment, sensitive to the manner in which the previous framework was applied, and the fact that the parties' behaviour cannot be judged strictly, against a standard of which they had no notice. For example, prejudice and the seriousness of the offence often played a decisive role in whether delay was unreasonable under the previous framework. For cases currently in the system, these considerations can therefore inform whether the parties' reliance on the previous state of the law was reasonable. Of course, if the parties have had time following the release of this decision to correct their behaviour, and the system has had some time to adapt, the trial judge should take this into account.

[97] Moreover, the delay may exceed the ceiling because the case is of moderate complexity in a jurisdiction with significant institutional delay problems. Judges in jurisdictions plagued by lengthy, persistent, and notorious institutional delays should account for this reality, as Crown counsel's behaviour is constrained by systemic delay issues. Parliament, the legislatures, and Crown counsel need

le déroulement des affaires criminelles. Cependant, dans les ressorts où les longs délais sont la norme, il va falloir du temps avant que ces mesures d'incitation n'opèrent un changement de culture. En outre, l'administration de la justice ne saurait tolérer une répétition de ce qui s'est passé après le prononcé de l'arrêt *Askov*, et l'application contextuelle que nous proposons du cadre d'analyse vise à garantir qu'une telle situation ne se reproduira pas.

[95] Le nouveau cadre d'analyse, y compris le plafond présumé, s'applique aux affaires déjà en cours, sujet à deux réserves.

[96] Premièrement, dans les cas où le délai *excède* le plafond, une mesure transitoire exceptionnelle peut s'appliquer lorsque les accusations ont été portées avant le prononcé du présent jugement. C'est le cas lorsque le ministère public convainc la cour que le temps qui s'est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait au préalable. Cela suppose qu'il faille procéder à un examen contextuel, eu égard à la manière dont l'ancien cadre a été appliqué et au fait que la conduite des parties ne peut être jugée rigoureusement en fonction d'une norme dont ils n'avaient pas connaissance. Par exemple, le préjudice subi et la gravité de l'infraction ont souvent joué un rôle décisif dans la décision quant au caractère raisonnable du délai lorsqu'il s'est agi d'appliquer l'ancien cadre d'analyse. Pour les causes en cours d'instance, ces considérations peuvent donc aider à déterminer si les parties se sont raisonnablement fondées sur l'état antérieur du droit. Bien entendu, si, après le prononcé du présent jugement, les parties ont eu le temps de corriger leur conduite et le système a disposé d'un certain temps pour s'adapter, le juge du procès doit en tenir compte.

[97] Par ailleurs, le délai peut excéder le plafond parce que la cause est moyennement complexe dans une région confrontée à des problèmes de délais institutionnels importants. Les juges qui œuvrent dans les juridictions où sévissent de longs délais institutionnels tenaces et connus doivent tenir compte de cette réalité, puisque les problèmes de délais systémiques limitent ce que peuvent faire

time to respond to this decision, and stays of proceedings cannot be granted *en masse* simply because problems with institutional delay currently exist. As we have said, the administration of justice cannot countenance a recurrence of *Askov*. This transitional exceptional circumstance recognizes that change takes time, and institutional delay — even if it is significant — will not automatically result in a stay of proceedings.

[98] On the other hand, the s. 11(*b*) rights of all accused persons cannot be held in abeyance while the system works to respond to this new framework. Section 11(*b*) breaches will still be found and stays of proceedings will still be entered for cases currently in the system. For example, if the delay in a simple case vastly exceeds the ceiling because of repeated mistakes or missteps by the Crown, the delay might be unreasonable even though the parties were operating under the previous framework. The analysis must always be contextual. We rely on the good sense of trial judges to determine the reasonableness of the delay in the circumstances of each case.

[99] The second qualification applies to cases currently in the system in which the total delay (minus defence delay) falls *below* the ceiling. For these cases, the two criteria — defence initiative and whether the time the case has taken markedly exceeds what was reasonably required — must also be applied contextually, sensitive to the parties' reliance on the previous state of the law. Specifically, the defence need not demonstrate having taken initiative to expedite matters for the period of delay preceding this decision. Since defence initiative was not expressly required by the *Morin* framework, it would be unfair to require it for the period of time before the release of this decision. However, in close cases, any defence initiative during that time

les avocats du ministère public. Ces derniers, le Parlement et les législatures ont besoin de temps pour réagir à la présente décision et des arrêts de procédures ne peuvent être accordés en bloc uniquement parce qu'il existe présentement des problèmes importants de délais institutionnels. Comme nous l'avons souligné, l'administration de la justice ne peut pas se permettre une répétition des conséquences qu'a eues la décision *Askov*. La mesure transitoire exceptionnelle dont il est question ici reconnaît qu'il faut du temps pour implanter des changements et que les délais institutionnels — même s'ils sont importants — ne donneront pas automatiquement lieu à des arrêts de procédures.

[98] Les droits de tous les accusés protégés par l'al. 11*b*) ne peuvent pas pour autant être suspendus pendant que le système cherche à s'adapter au nouveau cadre d'analyse établi en l'espèce. Les tribunaux vont donc continuer à conclure à la violation des droits protégés par l'al. 11*b*) et des causes pendantes feront encore l'objet d'ordonnances d'arrêt des procédures. Par exemple, dans une cause simple, si le délai excède considérablement le plafond en raison d'erreurs et d'impairs répétés du ministère public, le délai pourrait être jugé déraisonnable même si les parties agissaient en fonction de l'ancien cadre d'analyse. L'examen doit toujours être contextuel. Nous nous fions au bon sens des juges de première instance pour juger du caractère raisonnable du délai dans les circonstances de chaque cas.

[99] La deuxième réserve s'applique aux affaires déjà en cours pour lesquelles le délai total (moins celui imputable à la défense) est *inférieur* au plafond. Pour ces causes, les tribunaux doivent appliquer les deux critères — soit celui relatif à l'initiative dont a fait preuve la défense et celui de la question de savoir si le temps qu'a mis la cause pour être entendue a excédé de manière manifeste le temps qui était raisonnablement requis — en fonction du contexte et en étant sensible au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant. Plus précisément, la défense n'a pas à démontrer qu'elle a pris des initiatives pour accélérer les choses au cours de la période qui a précédé le prononcé du présent jugement. Puisque de telles initiatives n'étaient pas

would assist the defence in showing that the delay markedly exceeds what was reasonably required. The trial judge must also still consider action or inaction by the accused that may be inconsistent with a desire for a timely trial (*Morin*, at p. 802).

[100] Further, if the delay was occasioned by an institutional delay that was reasonably acceptable in the relevant jurisdiction under the *Morin* framework before this decision was released, that institutional delay will be a component of the reasonable time requirements of the case for cases currently in the system.

[101] We note that given the level of institutional delay tolerated under the previous approach, a stay of proceedings below the ceiling will be even more difficult to obtain for cases currently in the system. We also emphasize that for cases in which the charge is brought shortly after the release of this decision, the reasonable time requirements of the case must reflect this high level of tolerance for institutional delay in particular localities.

[102] Ultimately, for most cases that are already in the system, the release of this decision should not automatically transform what would previously have been considered a reasonable delay into an unreasonable one. Change takes time. In his dissenting opinion in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, Lamer J. (as he then was) was alive to this concern and his comments are apposite here:

> This case is the first to have presented this Court with the opportunity of establishing appropriate guidelines for the application of s. 11(*b*). The full scope of the section, and the nature of the obligation it has imposed upon the

expressément requises par le cadre d'analyse prévu dans *Morin*, il serait injuste d'exiger qu'elles aient été prises avant le prononcé de la présente décision. Cela dit, dans les causes où le décalage entre le délai écoulé et le délai raisonnable est ténu, toute mesure qu'aurait prise la défense durant ce temps l'aidera à démontrer que le délai excède de manière manifeste ce qui était raisonnablement nécessaire. Dans ce cas de figure, le juge du procès doit tout de même tenir compte de l'action ou de l'inaction de l'accusé qui peut être incompatible avec le désir que le procès soit tenu en temps opportun (*Morin*, p. 802).

[100] En outre, si le retard a été causé par un délai institutionnel raisonnablement acceptable dans le ressort en cause selon le cadre d'analyse prévu dans *Morin* qui prévalait avant le prononcé de la présente décision, ce retard institutionnel sera un des éléments du délai raisonnable nécessaire de la cause pour les affaires déjà en cours d'instance.

[101] Nous soulignons que, compte tenu du niveau de délai institutionnel toléré suivant l'approche qui prévalait antérieurement, un arrêt des procédures sera encore plus difficile à obtenir pour les causes en cours d'instance lorsque le délai est inférieur au plafond. Nous soulignons aussi que, dans les causes pour lesquelles l'accusé sera inculpé peu de temps après le prononcé du présent jugement, les exigences en matière de délai raisonnable devront refléter ce haut degré de tolérance pour les délais institutionnels dans certaines localités en particulier.

[102] En définitive, pour la plupart des affaires en cours d'instance, le prononcé du présent jugement ne devrait pas transformer automatiquement en un délai déraisonnable ce qui aurait antérieurement été considéré comme un délai raisonnable. Il faut du temps pour changer les choses. En rédigeant ses motifs dissidents dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) était conscient de cette réalité et ses commentaires sont pertinents en l'espèce :

> Cette affaire est la première qui offre à la Cour l'occasion de donner des directives appropriées sur l'application de l'al. 11*b*). La portée exacte de l'alinéa et la nature de l'obligation qu'il impose au gouvernement et aux tribunaux

government and the courts has remained uncertain for the period prior to the rendering of this judgment.

Given this uncertainty and the terminative nature of the remedy for a violation of the section, i.e., a stay of proceedings, I am of the view that a transitional approach is appropriate, and indeed necessary, to enable the courts and the governments to properly discharge their burden under s. 11(*b*). This is not to say that different criteria ought to apply during the transitional period, that is, the period prior to the rendering of this judgment, but rather that the behaviour of the accused and the authorities must be evaluated in its proper context. In other words, it would be inaccurate to give effect to behaviour which occurred prior to this judgment against a standard the parameters of which were unknown to all. [Emphasis added; p. 948.]

[103] We echo Lamer J.'s remarks. For cases already in the system, the presumptive ceiling still applies; however, "the behaviour of the accused and the authorities" — which is an important consideration in the new framework — "must be evaluated in its proper context" (*Mills*, at p. 948). The reasonableness of a period of time to prosecute a case takes its colour from the surrounding circumstances. Reliance on the law as it then stood is one such circumstance.

[104] We disagree with Cromwell J. that our framework's allowance for present realities somehow creates a *Charter* amnesty. For cases currently in the system, the s. 11(*b*) right will receive no less protection than it does now. The point is that, on an ongoing basis, our framework has the potential to effect positive change within the justice system, rather than succumb to the culture of complacency we have described.

G. *Concluding Comments on the New Framework*

[105] The new framework for s. 11(*b*) can be summarized as follows:

demeuraient incertaines avant que le présent arrêt ne soit rendu.

Vu cette incertitude et la nature décisive de la réparation en cas d'infraction à l'alinéa, c.-à-d. une suspension d'instance, je suis d'avis qu'une période transitoire est utile et même s'impose pour permettre aux tribunaux et au gouvernement de s'acquitter correctement de leurs obligations en vertu de l'al. 11*b*). Cela ne veut pas dire que des critères différents devraient s'appliquer pendant la période de transition, c'est-à-dire la période antérieure au présent jugement, mais plutôt que le comportement de l'inculpé et des autorités doit être évalué dans son contexte particulier. En d'autres termes, il ne serait pas approprié de donner suite à un comportement adopté antérieurement à ce jugement par rapport à une norme dont les éléments étaient inconnus de tous. [Nous soulignons; p. 948.]

[103] Nous faisons nôtres les observations du juge Lamer. Le plafond présumé continue de s'appliquer dans les affaires en cours d'instance; toutefois, « le comportement de l'inculpé et des autorités » — qui constitue une considération importante dans le nouveau cadre d'analyse — « doit être évalué dans son contexte particulier » (*Mills*, p. 948). Le caractère raisonnable du temps qu'il faut pour traduire un accusé en justice dépend des circonstances en cause. Le fait de s'être fondé sur l'état du droit qui était alors en vigueur constitue l'une de ces circonstances.

[104] Nous ne partageons pas l'avis du juge Cromwell selon lequel, en tenant compte de la réalité actuelle, notre cadre d'analyse soustrait certaines causes à l'application de la *Charte*. Dans les affaires en cours d'instance, le droit protégé par l'al. 11*b*) ne bénéficiera pas d'une protection moindre qu'à l'heure actuelle. En fait, notre cadre a le potentiel de constamment entraîner des changements positifs dans le système judiciaire, plutôt que de succomber à la culture de complaisance dont nous avons parlé.

G. *Observations finales sur le nouveau cadre d'analyse*

[105] Le nouveau cadre d'analyse applicable aux demandes fondées sur l'al. 11*b*) peut être résumé comme suit :

- There is a ceiling beyond which delay becomes presumptively unreasonable. The presumptive ceiling is 18 months for cases tried in the provincial court, and 30 months for cases in the superior court (or cases tried in the provincial court after a preliminary inquiry). Defence delay does not count towards the presumptive ceiling.

- **Once the presumptive ceiling is exceeded**, the burden shifts to the Crown to rebut the presumption of unreasonableness on the basis of exceptional circumstances. Exceptional circumstances lie outside the Crown's control in that (1) they are reasonably unforeseen or reasonably unavoidable, and (2) they cannot reasonably be remedied. If the exceptional circumstance relates to a discrete event, the delay reasonably attributable to that event is subtracted. If the exceptional circumstance arises from the case's complexity, the delay is reasonable.

- **Below the presumptive ceiling**, in clear cases, the defence may show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish two things: (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings; and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have.

- **For cases currently in the system**, the framework must be applied flexibly and contextually, with due sensitivity to the parties' reliance on the previous state of the law.

[106] As part of the process of developing this framework, we conducted a qualitative review of nearly every reported s. 11(*b*) appellate decision from the past 10 years, and many decisions from trial courts. These cases assisted in developing the definition of exceptional circumstances, as they

- Il existe un plafond au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable. Ce plafond présumé est de 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale, et de 30 mois pour celles portées devant une cour supérieure (ou pour les affaires instruites devant une cour provinciale au terme d'une enquête préliminaire). Les délais imputables à la défense ne comptent pas dans le calcul visant à déterminer si ce plafond est atteint.

- **Une fois le plafond présumé dépassé**, le fardeau est inversé et le ministère public doit réfuter la présomption du caractère déraisonnable du délai en invoquant des circonstances exceptionnelles. Il doit s'agir de circonstances indépendantes de la volonté du ministère public, c'est-à-dire de circonstances (1) raisonnablement imprévues ou raisonnablement inévitables, et (2) auxquelles il ne peut pas être raisonnablement remédié. Si la circonstance exceptionnelle concerne un événement distinct, le délai attribuable à cet événement doit être soustrait du délai total. Si la circonstance exceptionnelle résulte de la complexité de l'affaire, le délai est raisonnable.

- **Lorsque le délai est inférieur au plafond présumé**, la défense, dans des cas manifestes, peut faire la preuve que le délai est déraisonnable. Pour ce faire, elle doit démontrer deux choses : (1) qu'elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance, et (2) que le délai a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être.

- **Pour les affaires en cours d'instance**, le tribunal doit appliquer le cadre d'analyse selon le contexte et avec souplesse, tout en étant sensible au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant.

[106] Pour élaborer ce cadre d'analyse, nous avons procédé à un examen qualitatif de pratiquement tous les arrêts publiés portant sur l'al. 11*b*) rendus en appel au cours des 10 dernières années de même que de nombreux jugements de première instance. Les décisions en question ont aidé à définir

highlighted the types of circumstances that judges have found to justify prolonged delays. By reading these cases with the new framework in mind, we were able to get a rough sense of how the new framework would have played out in some past cases. Indeed, we note that in the seminal case of *Askov*, the delay was in the range of 30 months, as it was in *Godin* some 19 years later, and in both cases, this Court found the delays to be unreasonable.

[107] It is also clear from this case law review that the ceiling will not permit the parties or the courts to operate business as usual. The ceiling is designed to encourage conduct and the allocation of resources that promote timely trials. The jurisprudence from the past decade demonstrates that the current approach to s. 11(*b*) does not encourage good behaviour. Finger pointing is more common than problem solving. This body of decisions makes it clear that the incentives inherent in the status quo fall short in the ways we have described.

[108] We acknowledge that this new framework represents a significant shift from past practice. First, its standpoint is prospective. Participants in the criminal justice system will know, *in advance*, the bounds of reasonableness so proactive measures can be taken to remedy any delay. And the public will more clearly understand what it means to hold a trial within a reasonable time. Enhanced clarity and predictability befits a *Charter* right of such fundamental importance to our criminal justice system.

[109] Second, the new framework resolves the difficulties surrounding the concept of prejudice. Instead of being an express analytical factor, the concept of prejudice underpins the entire framework. Prejudice is accounted for in the creation of the ceiling. It also has a strong relationship with defence

ce qui constitue des circonstances exceptionnelles, puisqu'elles mettent en lumière les types de circonstances que les juges ont estimé justifier de longs délais. En lisant ces décisions avec le nouveau cadre d'analyse à l'esprit, nous sommes en mesure d'avoir une idée générale de la façon dont ce cadre se serait appliqué dans certaines affaires passées. D'ailleurs, nous soulignons que dans l'arrêt de principe *Askov*, le délai était de l'ordre de 30 mois, tout comme dans l'affaire *Godin* quelque 19 ans plus tard, et que, dans les deux cas, la Cour a jugé le délai déraisonnable.

[107] Il ressort aussi clairement de cet examen de la jurisprudence qu'avec le plafond, les parties ne pourront pas continuer à agir comme elles avaient l'habitude de le faire. En effet, il est conçu pour encourager une conduite et une répartition des ressources qui mèneront à la tenue de procès en temps utile. La jurisprudence de la dernière décennie illustre que la manière dont l'al. 11*b*) est appliqué présentement n'encourage pas les bons comportements. En effet, il est plus fréquent de jeter le blâme que de résoudre les problèmes. Bref, selon cette jurisprudence, et pour les raisons que nous avons exposées, les mesures incitatives actuelles pour réduire la durée des procédures judiciaires sont manifestement insuffisantes.

[108] Certes, le nouveau cadre d'analyse que nous prescrivons ici représente un virage important par rapport à la pratique antérieure. Premièrement, le point de vue adopté est prospectif. Les participants au système de justice criminelle connaîtront, *à l'avance*, les limites du délai raisonnable et pourront donc prendre des mesures proactives pour remédier aux délais. Par ailleurs, le public comprendra mieux ce que signifie le fait de tenir un procès dans un délai raisonnable. Une clarté et une prévisibilité accrues cadrent bien avec un droit protégé par la *Charte* qui revêt une telle importance pour notre système de justice criminelle.

[109] Deuxièmement, le nouveau cadre d'analyse résout les difficultés relatives au concept de préjudice. Plutôt que d'être un facteur analytique en tant que tel, le concept de préjudice sous-tend l'ensemble du cadre. En effet, il en a été tenu compte dans l'établissement du plafond. Ce préjudice a également

initiative, in that we can expect accused persons who are truly prejudiced to be proactive in moving the matter along.

[110] Prejudice has been one of the most fraught areas of s. 11(*b*) jurisprudence for over two decades. Understanding prejudice as informing the setting of the ceiling, rather than treating prejudice as an express analytical factor, also better recognizes that, as we have said, prolonged delays cause prejudice to not just specific accused persons, but also victims, witnesses, and the system of justice as a whole.

[111] Third, the new framework reduces, although does not eliminate, the need to engage in complicated micro-counting. While judges will still have to determine defence delay, the inquiry beneath the ceiling into whether the case took markedly longer than it reasonably should have replaces the micro-counting process with a global assessment. This inquiry need only arise if the accused has taken meaningful and sustained steps to expedite matters. And above the ceiling, a s. 11(*b*) analysis is triggered only where the Crown seeks to rely on exceptional circumstances. A framework that is simpler to apply is itself of value: ". . . we must remind ourselves that the best test will be relatively easy to apply; otherwise, stay applications themselves will contribute to the already heavy load on trial judges and compound the problem of delay" (*Morin*, per McLachlin J., at p. 810).

[112] In addition, the new framework will help facilitate a much-needed shift in culture. In creating incentives for both sides, it seeks to enhance accountability by fostering proactive, preventative problem solving. From the Crown's perspective, the framework clarifies the content of the Crown's ever-present constitutional obligation to bring the accused to trial within a reasonable time. Above the

un lien étroit avec l'initiative dont fait preuve la défense, dans la mesure où nous pouvons nous attendre à ce que les personnes accusées qui subissent réellement un préjudice soient proactives pour faire avancer leur dossier.

[110] Le traitement du préjudice est le domaine de la jurisprudence relative à l'al. 11*b*) qui a créé le plus de dissension depuis deux décennies. Traiter le préjudice comme un élément contribuant à l'établissement du plafond, plutôt que comme un facteur d'analyse, reflète également mieux, comme nous l'avons dit, le fait que les délais prolongés causent un préjudice non seulement aux accusés, mais également aux victimes, aux témoins et au système de justice dans son ensemble.

[111] Troisièmement, le nouveau cadre d'analyse atténue, sans toutefois l'éliminer, la nécessité d'un microcalcul complexe. Même si les juges ont tout de même à déterminer le délai attribuable à la défense, l'analyse d'un délai qui se situe en deçà du plafond — pour déterminer si la cause a pris de manière manifeste plus de temps qu'il aurait été raisonnable qu'elle prenne — remplace la méthode du microcalcul par une évaluation globale. Cet examen n'est par ailleurs nécessaire que si l'accusé a pris des mesures utiles et soutenues pour accélérer les choses. Par contre, lorsque le plafond est dépassé, une analyse fondée sur l'al. 11*b*) n'est déclenchée que lorsque le ministère public entend invoquer des circonstances exceptionnelles. Un cadre d'analyse plus simple à appliquer a une valeur en soi : « . . . il faut se rappeler que le meilleur critère sera relativement facile à appliquer; autrement, les demandes d'arrêt des procédures s'ajouteront aux nombreuses affaires dont les juges des procès sont déjà saisis et aggraveront le problème des délais » (*Morin*, la juge McLachlin, p. 810).

[112] En outre, le nouveau cadre d'analyse contribuera à faciliter un changement de culture dont on a grand besoin. En établissant des mesures propres à inciter les deux parties à accélérer le déroulement de l'instance, ce cadre vise à accroître la responsabilisation en favorisant une approche proactive et préventive de résolution de problèmes. Du point de vue du ministère public, le cadre d'analyse en question

ceiling, the Crown will only be able to discharge its burden if it can show that it should not be held accountable for the circumstances which caused the ceiling to be breached because they were genuinely outside its control. Crown counsel will be motivated to act proactively throughout the proceedings to preserve its ability to justify a delay that exceeds the ceiling, should the need arise. Below the ceiling, a diligent, proactive Crown will be a strong indication that the case did not take markedly longer than reasonably necessary.

clarifie l'obligation constitutionnelle qu'il a toujours eue de traduire l'accusé en justice dans un délai raisonnable. Lorsque le plafond est dépassé, le ministère public ne se sera acquitté de son fardeau de preuve que s'il est en mesure de démontrer qu'il ne devrait pas être tenu responsable des circonstances ayant mené au dépassement du plafond, puisqu'elles étaient véritablement indépendantes de sa volonté. L'avocat du ministère public sera motivé à agir de façon proactive tout au long de la procédure pour rester en mesure, au besoin, de justifier un délai qui excède le plafond applicable. En deçà du plafond, la présence au dossier d'un représentant du ministère public diligent et proactif est une indication forte que la cause n'a pas pris plus longtemps de manière manifeste que ce qu'il était raisonnable qu'elle prenne.

[113] The new framework also encourages the defence to be part of the solution. If an accused brings a s. 11(*b*) application when the total delay (minus defence delay and delay attributable to exceptional circumstances that are discrete in nature) falls below the ceiling, the defence must demonstrate that it took meaningful and sustained steps to expedite the proceedings as a prerequisite to a stay. Further, the deduction of defence delay from total delay as a starting point in the analysis clearly indicates that the defence cannot benefit from its own delay-causing action or inaction.

[113] Le nouveau cadre d'analyse encourage également la défense à contribuer à la résolution du problème. Si l'accusé présente une demande fondée sur l'al. 11*b*) avant que le délai total — moins les retards qui lui sont imputables et ceux attribuables à des circonstances exceptionnelles distinctes — ne dépasse le plafond, pour obtenir un arrêt des procédures, la défense doit démontrer qu'elle a pris des mesures utiles et soutenues pour accélérer le cours de l'instance. De plus, la déduction des retards attribuables à la défense comme point de départ de l'analyse indique clairement qu'elle ne peut tirer avantage de sa propre action ou de sa propre inaction lorsque celle-ci a pour effet de causer un délai.

[114] The new framework makes courts more accountable, too. Absent exceptional circumstances, the ceiling limits the extent to which judges can tolerate delays before a stay must be imposed. Indeed, courts are important players in changing courtroom culture. Many courts have developed robust case management and trial scheduling processes, focussing attention on possible sources of delay (such as pre-trial applications or unrealistic estimates of trial length) and thereby seeking to avoid or minimize unnecessary delay. Some courts, however, have not.

[114] Le nouveau cadre d'analyse responsabilise aussi davantage les tribunaux. En l'absence de circonstances exceptionnelles, le plafond applicable maximal fixé établit une limite en ce qui a trait à la mesure dans laquelle les juges peuvent tolérer des délais avant de devoir ordonner un arrêt des procédures. En effet, les tribunaux jouent un rôle important pour changer la culture en salle d'audience. Ils sont nombreux à avoir établi des procédures solides de gestion d'instance et de planification des audiences, en portant une attention particulière aux sources potentielles de délai (comme les requêtes préalables au procès ou les estimations irréalistes de la durée de procès), tentant ainsi d'éviter ou d'atténuer les délais inutiles. Certains tribunaux, toutefois, ne l'ont pas fait.

[115] As we have said, this Court also has a role to play. On many occasions, this Court has established detailed guidelines and minimum requirements to give meaningful content to constitutional rights in the criminal law context (see, e.g., *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at para. 83; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 49; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paras. 53-56). Section 11(*b*) has received its content in much the same way. Cromwell J.'s framework, like ours, and like *Morin* and *Askov*, is entirely judicially created. And, like ours, and like *Morin* and *Askov*, it relies heavily on numerical guidelines (with such guidelines acting as guideposts, not absolute limitation periods). Our approach is entirely consistent with the judicial role.

[116] Ultimately, all participants in the justice system must work in concert to achieve speedier trials. After all, everyone stands to benefit from these efforts. As Sharpe J.A. wrote in *R. v. Omar*, 2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493:

> The judicial system, like all other public institutions, has limited resources at its disposal, as do the litigants and legal aid. . . . It is in the interest of all constituencies — those accused of crimes, the police, Crown counsel, defence counsel, and judges both at trial and on appeal — to make the most of the limited resources at our disposal. [para. 32]

[117] Sharpe J.A.'s reference to finite resources is an important point. We are aware that resource issues are rarely far below the surface of most s. 11(*b*) applications. By encouraging all justice system participants to be more proactive, some resource issues will naturally be resolved because parties will be encouraged to eliminate or avoid inefficient practices. At the same time, the new framework implicates the sufficiency of resources by reminding legislators and ministers that unreasonable delay in bringing

[115] Comme nous l'avons déjà dit, la Cour a aussi un rôle à jouer. Elle a maintes fois établi des lignes directrices détaillées et des exigences minimales pour donner un contenu véritable aux droits constitutionnels en matière criminelle (voir, p. ex., *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 83; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 49; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 53-56). L'alinéa 11*b*) a reçu son contenu essentiellement de la même façon. Le cadre d'analyse proposé par le juge Cromwell, tout comme le nôtre et ceux des arrêts *Morin* et *Askov*, est d'origine purement judiciaire. En outre, à l'instar du nôtre et de ceux des arrêts *Morin* et *Askov*, le cadre qu'il propose s'appuie en grande partie sur des lignes directrices numériques — qui servent de points de repère et non de délais de prescription absolus. Notre approche est donc tout à fait conforme à la fonction judiciaire.

[116] En fin de compte, tous les participants au système de justice doivent travailler de concert pour accélérer le déroulement des procès. Après tout, c'est l'ensemble de la société qui bénéficiera de ces efforts. Comme l'a écrit le juge Sharpe dans *R. c. Omar*, 2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493 :

> [TRADUCTION] Comme toutes les autres institutions publiques, le système judiciaire dispose de ressources limitées, et il en va de même pour les plaideurs et l'aide juridique. [. . .] Il est dans l'intérêt de tous les groupes concernés — les personnes accusées d'un crime, la police, l'avocat du ministère public, l'avocat de la défense et les juges de première instance et d'appel — de tirer le plus grand parti possible des ressources limitées dont dispose le système judiciaire. [par. 32]

[117] Les ressources limitées dont parle le juge Sharpe constituent un enjeu important. Nous savons que, dans la plupart des demandes fondées sur l'al. 11*b*), on a rarement à gratter longtemps pour voir apparaître la question des ressources. En encourageant tous les participants au système de justice à se montrer plus proactifs, certaines questions relatives aux ressources se régleront de manière naturelle, parce que les parties seront encouragées à éliminer ou à éviter les pratiques inefficaces. Le

accused persons to trial is not merely contrary to the public interest: it is constitutionally impermissible, and will be treated as such.

VI. Application to This Case

[118] Having established the new framework for s. 11(*b*), we now turn to the case before us.

[119] The first step in determining whether Mr. Jordan's s. 11(*b*) right was infringed is to determine the total delay between the charges and the end of trial. In this case, the total delay was 49.5 months.

[120] Turning to the first case-specific factor that must be accounted for, the next step is to determine whether any of that delay was waived or caused solely by the defence. We see no reason to interfere with the trial judge's finding that four months of this delay were waived by Mr. Jordan when he changed counsel shortly before the trial was set to begin, necessitating an adjournment.

[121] The more difficult assessment is whether any of the remaining delay was caused solely by the action or inaction of the defence. The Crown argues that the trial judge erred by failing to attribute significant periods of delay to the defence, and that the defence was equally culpable in the delay in bringing this matter to trial. The Crown cited several examples: the defence consented to numerous adjournments; defence counsel initially suggested the four-day estimate for the preliminary inquiry; defence counsel's unavailability resulted in the preliminary inquiry not being completed as scheduled in December 2010; defence counsel failed to respond to the Crown's offer in July 2011 of an earlier trial; and there was no evidence that defence

nouveau cadre d'analyse fait par ailleurs intervenir la suffisance des ressources en rappelant aux législateurs et aux ministres que le fait de tarder déraisonnablement à traduire un accusé en justice est non seulement contraire à l'intérêt public, mais aussi inacceptable sur le plan constitutionnel, et qu'il sera considéré comme tel.

VI. Application en l'espèce

[118] Ayant établi le nouveau cadre d'analyse applicable aux demandes fondées sur l'al. 11*b*), nous nous pencherons maintenant sur l'affaire dont nous sommes saisis.

[119] La première étape en vue de déterminer s'il y a eu atteinte au droit que garantit l'al. 11*b*) à M. Jordan consiste à calculer le délai total qui s'est écoulé entre le dépôt des accusations et la fin du procès. En l'espèce, il s'agit de 49 mois et demi.

[120] Nous penchant maintenant sur le premier facteur propre à l'espèce dont il faut tenir compte, l'étape suivante consiste à établir si la défense a renoncé à invoquer certaines périodes ou si certains retards lui sont exclusivement attribuables. Nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Jordan a renoncé à invoquer une période de quatre mois lorsqu'il a changé d'avocat peu de temps avant le début du procès, ce qui a nécessité un ajournement.

[121] La tâche la plus difficile consiste à déterminer si une partie du délai restant résulte exclusivement de l'action ou de l'inaction de la défense. Le ministère public soutient que le juge de première instance a commis une erreur en omettant d'attribuer certains longs délais à la défense, et que cette dernière a sa part de responsabilité quant au temps qu'il a fallu pour que son dossier soit porté devant les tribunaux. Le ministère public a cité plusieurs exemples : la défense a consenti à de nombreux ajournements; l'avocat de la défense a, au départ, estimé à quatre jours la durée de l'enquête préliminaire; vu la non-disponibilité de l'avocat de la défense, l'enquête préliminaire n'a pas pu se terminer comme prévu en décembre 2010; l'avocat de

counsel would have been available for trial earlier than June 2012.

[122] While these instances that the Crown points to are symptomatic of the systemic complacency towards delay that we have described, most of them are not attributable solely to the defence. The Crown and defence both share responsibility for the preliminary inquiry underestimation. Similarly, responsibility for the delay resulting from consent adjournments and the defence's failure to respond to the Crown's offer of a shorter trial time in July 2011 should not be borne solely by the defence. These adjournments were part of the legitimate procedural requirements of the case, and it does not appear from the record that any occurred when the Crown and court were otherwise ready to proceed. Further, there was no evidence that, had the defence responded to the Crown's offer of an earlier trial, the Crown and the court would have been able to accommodate an earlier date. Rather, the only evidence before the trial judge was that the earliest available trial dates were in September 2012.

[123] The defence should, however, bear responsibility for the delay resulting from the adjournment of the preliminary inquiry necessitated by defence counsel's unavailability for closing submissions on December 22, 2010, the last day scheduled for the preliminary inquiry. We would only attribute one and a half months of that delay to the defence, however, given the evidence that Crown counsel was unable to attend at the first available continuation date for the preliminary inquiry of February 3, 2011.

[124] In total then, four months of delay were waived by the defence and one and a half months of

la défense n'a pas répondu à l'offre que lui a faite le ministère public, en juillet 2011, de tenir le procès plus tôt; rien dans la preuve n'indique que l'avocat de la défense aurait été disponible pour le procès avant juin 2012.

[122] Bien que les exemples cités par le ministère public soient symptomatiques de la complaisance systémique que nous avons décrite, la plupart des délais qui en ont découlé ne sont pas uniquement attribuables à la défense. Le ministère public et la défense se partagent la responsabilité quant au fait d'avoir sous-estimé la durée de l'enquête préliminaire. De même, la responsabilité découlant du retard attribuable aux ajournements sur consentement et du fait que la défense n'a pas répondu à l'offre faite par le ministère public en juillet 2011 de tenir le procès plus tôt ne devrait pas être assumée uniquement par la défense. Ces ajournements faisaient partie des exigences procédurales légitimes de l'affaire, et il ne ressort pas du dossier qu'un ajournement a été ordonné alors que le ministère public et le tribunal étaient par ailleurs prêts à procéder. De plus, rien dans la preuve n'indique que, si la défense avait répondu à l'offre de tenir le procès plus tôt faite par le ministère public, ce dernier et le tribunal auraient été en mesure de s'accommoder d'une date d'instruction plus rapprochée. Au contraire, les seuls éléments de preuve dont disposait le juge de première instance indiquaient que les dates d'instruction les plus rapprochées étaient celles proposées en septembre 2012.

[123] Cela dit, la défense devrait assumer une part de responsabilité pour le délai qui a résulté de l'ajournement de l'enquête préliminaire ordonné parce que son avocat n'était pas disponible pour présenter ses observations finales le 22 décembre 2010, soit la dernière journée prévue pour l'enquête préliminaire. Nous sommes cependant d'avis d'attribuer seulement un mois et demi de ce retard à la défense puisque, selon la preuve, l'avocat du ministère public ne pouvait pas se présenter à la première date disponible pour la reprise de l'enquête préliminaire, soit le 3 février 2011.

[124] Au total, la défense a donc renoncé à invoquer une période de quatre mois, et un mois et

delay were caused solely by the defence. This leaves a remaining delay of 44 months, an amount that vastly exceeds the presumptive ceiling of 30 months in the superior court. The burden is therefore on the Crown to demonstrate that the delay is reasonable in light of exceptional circumstances.

[125] There is nothing in the record to indicate that any discrete, exceptional circumstances arose. And although particularly complex cases may present an exceptional circumstance, this is not one of those cases. In terms of the legal issues, while Mr. Jordan was initially charged along with nine other co-accused, this number quickly dropped as the case progressed. At the time of trial, only one co-accused remained on the indictment with Mr. Jordan. Further, none of the alleged offences involved novel or complex points of law. Relatively few pre-trial applications were scheduled. In short, the legal issues in Mr. Jordan's case were not particularly complex.

[126] As for the evidence, it was substantial but it was relatively straightforward. It consisted of surveillance evidence by police officers, undercover buys by police officers, a small amount of expert evidence regarding how dial-a-dope operations are conducted, and a search warrant for Mr. Jordan's apartment. There was nothing particularly complex about this evidence.

[127] In the end, while the case against Mr. Jordan may have been moderately complex given the amount of evidence and the number of co-accused, it was not so exceptionally complex that it would justify a delay of 44 months (excluding defence delay).

[128] However, since Mr. Jordan's charges were brought prior to the release of this decision, we must also consider whether the transitional exceptional circumstance justifies the delay. In our view, it does not. We recognize that the Crown was operating without notice of this change in the law within

demi de retard lui est exclusivement attribuable. Il reste donc un délai de 44 mois, soit un délai qui excède considérablement le plafond présumé de 30 mois pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Il appartient donc au ministère public de démontrer que ce délai a été raisonnable, compte tenu de circonstances exceptionnelles.

[125] Rien dans le dossier n'indique que soient survenues des circonstances uniques ou exceptionnelles. En outre, même si le caractère particulièrement complexe de certaines causes peut constituer une circonstance particulière, la présente cause n'en est pas une qui ait ce caractère. En ce qui a trait aux questions juridiques, même si M. Jordan a été accusé à l'origine conjointement avec neuf coaccusés, ce nombre a rapidement diminué au fur et à mesure que le dossier progressait. Au moment du procès, il ne restait sur la dénonciation qu'un seul coaccusé avec M. Jordan. De plus, aucune des infractions reprochées ne soulevait de points de droit nouveaux ou complexes. Relativement peu de requêtes avant procès ont été fixées pour audition. Bref, les questions de droit soulevées dans le dossier de M. Jordan n'étaient pas particulièrement complexes.

[126] Quant à la preuve, elle était volumineuse, mais relativement simple. Il s'agissait d'une preuve de surveillance policière, d'achats clandestins effectués par des policiers, d'une courte preuve d'expert sur la façon dont les opérations de ventes de drogues sur appel sont menées et d'un mandat de perquisition visant l'appartement de M. Jordan. Cette preuve n'avait rien de particulièrement complexe.

[127] En définitive, si le dossier opposé à M. Jordan a pu être moyennement complexe compte tenu de la somme d'éléments de preuve et du nombre de coaccusés, il n'était pas exceptionnellement complexe au point de justifier un délai de 44 mois (excluant le délai attribuable à la défense).

[128] Cela dit, puisque les accusations contre M. Jordan ont été portées avant le prononcé de la présente décision, nous devons également déterminer si les circonstances sont telles qu'il est justifié d'appliquer une mesure transitoire exceptionnelle dans le cadre de l'examen du délai. À notre avis, ce

a jurisdiction with some systemic delay issues. But a total delay of 44 months (excluding defence delay), of which the vast majority was either Crown or institutional delay, in an ordinary dial-a-dope trafficking prosecution is simply unreasonable regardless of the framework under which the Crown was operating. Therefore, it cannot be said that the Crown's reliance on the previous state of the law was reasonable.

n'est pas le cas. Certes, le ministère public agissait sans connaissance de ce changement du droit et dans un ressort aux prises avec certains problèmes de retard systémique. Un total de 44 mois (excluant le délai attribuable à la défense) dont la majeure partie était imputable au ministère public ou d'ordre institutionnel pour une poursuite ordinaire pour vente de drogue sur appel est néanmoins tout simplement déraisonnable, quel qu'ait été le cadre d'analyse suivant lequel agissait le ministère public. On ne peut donc affirmer que le ministère public s'est fié d'une manière qui soit raisonnable à l'état du droit qui prévalait auparavant.

[129] We note that a good portion of the delay resulted from the inaccurate assessment of the time required for the preliminary inquiry, and in particular, the Crown's failure to communicate with the parties with a view to tying down the evidence that it needed to call at the preliminary inquiry. A similar problem occurred with the trial. While the fault for the delay in bringing this matter to trial certainly did not lie solely with Crown counsel, it is equally clear that the Crown prosecutors assigned to the case did not have a solid plan for bringing the matter to trial within a reasonable time. The Crown was aware of potential s. 11(*b*) issues as early as December 2010, yet it took few steps to expedite the matter. Instead, the Crown was content to rely on an overly large estimate of trial time without attempting to streamline the issues or consider severing the co-accused from the indictment.

[129] Notons qu'une part importante du délai a découlé de la mauvaise évaluation du temps nécessaire pour procéder à l'enquête préliminaire, et notamment, de l'omission par le ministère public de communiquer avec les parties afin de préciser quelle preuve il devait produire durant cette enquête préliminaire. Un problème similaire s'est posé quant au procès. S'il est vrai que le temps qu'il a fallu pour amener le présent dossier à procès n'est pas uniquement attribuable à l'avocat du ministère public, il est tout aussi manifeste que les procureurs de ce dernier assignés au dossier n'avaient pas de stratégie solide pour que le procès se tienne dans un délai raisonnable. Le ministère public savait, dès décembre 2010, que des questions fondées sur l'al. 11*b*) étaient susceptibles d'être soulevées. Or, il n'a pris que peu de mesures pour accélérer le processus. Il s'est plutôt contenté de s'appuyer sur une estimation exagérée de la durée du procès sans tenter de simplifier les questions en litige ou d'examiner la possibilité de dissocier le coaccusé de l'acte d'accusation.

[130] The Crown did make a good faith effort to bring the matter to trial more quickly in light of the s. 11(*b*) issue when Crown counsel wrote to defence counsel in July 2011 with a revised estimate of the length of the Crown's case. But by this point, approximately 31 months had already elapsed from the date of Mr. Jordan's charges. This is a substantial length of time to wait before making efforts to expedite the matter. At this point, the scheduled trial was still more than a year away.

[130] Le ministère public a bel et bien fait un effort de bonne foi pour accélérer la tenue du procès, vu la question de l'al. 11*b*), lorsque sa représentante a écrit à l'avocat de la défense en juillet 2011 pour lui faire part d'un estimé révisé de la durée de la présentation de sa preuve. À ce moment, il s'était toutefois déjà écoulé environ 31 mois depuis le dépôt des accusations contre M. Jordan, soit une période considérable avant de faire des efforts pour accélérer les choses, d'autant plus que, à ce point, il restait encore un an avant la date prévue du procès.

[131] While the Crown did make some efforts to bring the matter to trial more quickly, these efforts were too little and too late. The previous state of the law cannot reasonably support the Crown's conduct. And the systemic delay problems that existed in the Surrey Provincial Court at the time cannot justify the delay either. As discussed, much of the institutional delay could have been avoided had the Crown proceeded on the basis of a more reasonable plan.

[132] To the extent that the trial judge held that this delay was reasonable under the *Morin* framework, he erred. Citing the Court of Appeal's decision in *R. v. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74, at para. 52, he incorrectly held that institutional delay is entitled to less weight than delay within the Crown's control. The parties agree that this was in error.

[133] It follows that the delay was unreasonable and Mr. Jordan's s. 11(*b*) right was infringed.

VII. Conclusion

[134] The right to a trial within a reasonable time has aptly been described as "discipline for the justice system", in that it may cause "discomfort in the short term but [it will bring] achievement in the long term" (Code, at pp. 133-34).

[135] In this case, the system was undisciplined. It failed. Mr. Jordan's s. 11(*b*) right was breached when it took 49.5 months to bring him to trial. All the parties were operating within the culture of complacency towards delay that has pervaded the criminal justice system in recent years. There is simply no reasonable explanation for why the matter took as long as it did. The appeal must be allowed, the convictions set aside and a stay of proceedings entered.

[131] Même si le ministère public a fait certains efforts pour que le procès se tienne plus rapidement, c'était trop peu trop tard et l'état antérieur du droit ne peut pas raisonnablement justifier sa conduite. Les problèmes de retard systémique que connaissait la Cour provinciale au palais de justice de Surrey à l'époque ne sauraient non plus justifier le délai. Rappelons que le délai institutionnel aurait pu être évité en bonne partie si le ministère public avait procédé sur la base d'un plan plus raisonnable.

[132] Le juge du procès a commis une erreur en concluant que, en l'espèce, le délai était raisonnable suivant le cadre établi dans *Morin*. Citant l'arrêt de la Cour d'appel *R. c. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74, par. 52, il a conclu à tort que le délai institutionnel a moins d'importance que celui dont est responsable le ministère public. Les parties s'entendent pour dire qu'il s'agissait là d'une erreur.

[133] Le délai écoulé était donc déraisonnable et le droit de M. Jordan protégé par l'al. 11*b*) a été violé.

VII. Conclusion

[134] Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable a été décrit avec justesse comme représentant une forme de [TRADUCTION] « discipline pour le système judiciaire », en ce sens que cette discipline peut occasionner « certains désagréments à court terme, mais [qu'elle donnera] des résultats à long terme » (Code, p. 133-134).

[135] En l'espèce, le système de justice a manqué de discipline. Il a échoué. Le fait qu'il a fallu 49 mois et demi pour que M. Jordan se rende à procès constitue une atteinte au droit que lui garantit l'al. 11*b*). Toutes les parties travaillaient dans une culture de complaisance à l'égard des délais qui s'est répandue dans le système de justice criminelle ces dernières années. Il n'existe tout simplement aucune explication raisonnable pour justifier un aussi long délai en l'espèce. L'appel doit être accueilli, les déclarations de culpabilité être annulées et un arrêt des procédures être ordonné.

[136] We agree with Cromwell J. that our differences of opinion are indeed fundamental. In our view, given the considerable doctrinal and practical problems confronting the *Morin* approach, further minor refinements to the model are incapable of responding to the challenges facing timely justice in this country.

[137] Real change will require the efforts and coordination of all participants in the criminal justice system.[5]

[138] For Crown counsel, this means making reasonable and responsible decisions regarding who to prosecute and for what, delivering on their disclosure obligations promptly with the cooperation of police, creating plans for complex prosecutions, and using court time efficiently. It may also require enhanced Crown discretion for resolving individual cases. For defence counsel, this means actively advancing their clients' right to a trial within a reasonable time, collaborating with Crown counsel when appropriate and, like Crown counsel, using court time efficiently. Both parties should focus on making reasonable admissions, streamlining the evidence, and anticipating issues that need to be resolved in advance.

[139] For the courts, this means implementing more efficient procedures, including scheduling practices. Trial courts may wish to review their case management regimes to ensure that they provide the tools for parties to collaborate and conduct cases efficiently. Trial judges should make reasonable efforts to control and manage the conduct of trials. Appellate courts must support these efforts by affording deference to case management choices made by courts below. All courts, including this

[5] See, for example, some of the recommendations contained in LeSage and Code.

[136] Nous convenons avec le juge Cromwell que nos divergences d'opinions sont fondamentales. À notre avis, compte tenu du grand nombre de problèmes sur les plans tant théorique que pratique auxquels se bute l'approche préconisée par l'arrêt *Morin*, apporter des ajustements mineurs supplémentaires à ce modèle ne saurait permettre de relever les défis auxquels on fait face dans l'ensemble du pays lorsqu'il s'agit de rendre justice en temps utile.

[137] Un changement réel nécessitera que tous les participants au système de justice criminelle fassent des efforts et se coordonnent[5].

[138] Pour l'avocat du ministère public, cela signifie qu'il devra prendre des décisions raisonnables et responsables lorsqu'il s'agira de déterminer qui — et pour quelle infraction — poursuivre, de s'acquitter de ses obligations de communication de la preuve rapidement en collaboration avec la police, d'établir des plans pour les poursuites complexes et d'utiliser de façon efficace le temps du tribunal. Il pourrait aussi être nécessaire que le ministère public dispose d'un pouvoir discrétionnaire accru pour qu'il puisse résoudre certains cas particuliers. L'avocat de la défense, pour sa part, devra faire valoir activement les droits de son client à un procès tenu dans un délai raisonnable, collaborer avec l'avocat du ministère public lorsque cela sera indiqué et, tout comme ce dernier, utiliser de façon efficace le temps du tribunal. Les deux parties devront être soucieuses de faire des admissions raisonnables, de simplifier la preuve et d'anticiper les questions devant être tranchées à l'avance.

[139] Pour leur part, les tribunaux devront mettre en œuvre des procédures plus efficaces, notamment des pratiques d'établissement de calendriers pour les procès. Les tribunaux de première instance souhaiteront peut-être revoir leurs régimes de gestion des instances pour s'assurer que ceux-ci fournissent aux parties les outils nécessaires pour collaborer et mener les dossiers de façon efficace. Les juges devront en outre faire des efforts raisonnables pour diriger et gérer le déroulement des procès. Les tribunaux d'appel

[5] Voir, par exemple, certaines des recommandations énoncées dans LeSage et Code.

Court, must be mindful of the impact of their decisions on the conduct of trials.

[140] For provincial legislatures and Parliament, this may mean taking a fresh look at rules, procedures, and other areas of the criminal law to ensure that they are more conducive to timely justice and that the criminal process focusses on what is truly necessary to a fair trial. Legal Aid has a role to play in securing the participation of experienced defence counsel, particularly for long, complex trials. And Parliament may wish to consider the value of preliminary inquiries in light of expanded disclosure obligations. Government will also need to consider whether the criminal justice system (and any initiatives aimed at reducing delay) is adequately resourced.

[141] Thus, broader structural and procedural changes, in addition to day-to-day efforts, are required to maintain the public's confidence by delivering justice in a timely manner. Timely trials are possible. More than that, they are constitutionally required.

The reasons of McLachlin C.J. and Cromwell, Wagner and Gascon JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

A. *Overview*

[142] Every person charged with an offence in Canada has a constitutional right to be tried within a reasonable time: *Canadian Charter of Rights and*

devront appuyer ces efforts en faisant preuve de déférence à l'égard des choix des cours de première instance en matière de gestion des instances. Enfin, tous les tribunaux, y compris la Cour, devront tenir compte de l'impact de leurs décisions sur le déroulement des procès.

[140] Les législatures provinciales et le Parlement pourront quant à eux jeter un regard neuf sur les règles, les procédures et les autres secteurs du droit criminel pour s'assurer, d'une part, que ceux-ci soient plus propices à permettre que justice soit rendue en temps utile, et, d'autre part, que la procédure criminelle mette l'accent sur ce qui est vraiment nécessaire pour la tenue d'un procès équitable. Les services d'aide juridique auront un rôle à jouer lorsqu'il s'agira d'assurer la participation d'avocats de la défense expérimentés, en particulier pour les procès longs et complexes. Par ailleurs, le Parlement voudra peut-être se pencher sur la question de la valeur des enquêtes préliminaires à la lumière des obligations accrues en matière de communication de la preuve. Le gouvernement devra aussi examiner si le système de justice criminelle bénéficie de ressources suffisantes, notamment pour appuyer les initiatives visant à réduire les délais.

[141] Ainsi, pour permettre aux tribunaux de maintenir la confiance du public en rendant justice en temps utile, il faut apporter des changements structurels et procéduraux supplémentaires au système en plus de fournir des efforts quotidiens. Instruire les procès en temps utile est possible. Mais plus encore, la Constitution l'exige.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Wagner et Gascon rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

A. *Vue d'ensemble*

[142] Au Canada, en application de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tout inculpé a le droit constitutionnel d'être jugé dans un

Freedoms, s. 11(*b*). The right has ancient origins and finds expression across legal systems. In the Great Charter of 1215 (the *Magna Carta*) the King promised that "[t]o no one will we . . . delay right or justice": clause 40. The *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966), Can. T.S. 1976 No. 47, calls for trial "without undue delay": art. 14(3)(c). A right of this nature is also found in the United States, New Zealand, Australia, India, South Africa, the Caribbean, the United Kingdom, Ireland, and in the European Union, among others: see Justice C. Hill and J. Tatum, "Re-Chartering an Old Course Rather than Staying Anew in Remedying Unreasonable Delay under the Charter" (paper presented at the Crown Defence Conference in Winnipeg September 2012) (online), at p. 59.

délai raisonnable. Ce droit, dont les origines sont anciennes, est reconnu dans plusieurs systèmes juridiques. Dans la Grande Charte de 1215 (la *Magna Carta*), le roi avait pris l'engagement que [TRADUCTION] « [n]ous ne [. . .] refuserons ou différerons le droit d'obtenir justice à personne » : clause 40. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966), R.T. Can. 1976 nº 47, prévoit le droit d'être jugé « sans retard excessif » : art. 14(3)c). Des garanties semblables existent aussi notamment aux États-Unis, en Nouvelle-Zélande, en Australie, en Inde, en Afrique du Sud, dans les Antilles, au Royaume-Uni, en Irlande et au sein de l'Union européenne : voir le juge C. Hill et J. Tatum, « Re-Chartering an Old Course Rather than Staying Anew in Remedying Unreasonable Delay under the Charter » (document présenté à la conférence conjointe des procureurs du ministère public et des avocats de la défense tenue à Winnipeg septembre 2012) (en ligne), p. 59.

[143] This Court over the last 30 years has developed a sophisticated jurisprudence for dealing with allegations of s. 11(*b*) breaches: see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; and *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3. The framework developed in this jurisprudence, which is most fully set out in *Morin*, identifies the many considerations that should be taken into account in order to determine whether the time to try a particular criminal case is reasonable.

[143] Au cours des 30 dernières années, la Cour a élaboré une jurisprudence subtile pour traiter des allégations de violation de l'al. 11*b*) de la *Charte* : voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; et *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3. Le cadre d'analyse qui a été élaboré dans cette jurisprudence, et dont on trouve l'exposé le plus complet dans l'arrêt *Morin*, dresse la liste des nombreux facteurs qui doivent être pris en compte afin de juger du caractère raisonnable ou non du délai qu'il a fallu pour juger une affaire criminelle donnée.

[144] Determining reasonableness requires a court to balance a number of factors, including the length of the delay, waiver of any time periods by the accused, the reasons for the delay, including the time requirements for the case, the actions of the parties, limitations on institutional resources, and prejudice to the person charged. It is necessary to consider these factors on a case-by-case basis: the answer to the question of whether an accused is tried within a reasonable time is inherently case-specific.

[144] L'examen du caractère raisonnable oblige le tribunal à mettre en balance un certain nombre de facteurs, dont la longueur du délai, la renonciation par l'accusé à invoquer certaines périodes dans le calcul du délai, les raisons du délai — y compris le délai nécessaire au traitement de l'affaire —, les agissements des parties, les limites des ressources institutionnelles et le préjudice subi par l'accusé. Il est nécessaire d'examiner ces facteurs au cas par cas puisque la réponse à la question de savoir si l'accusé a été jugé dans un délai raisonnable est fondamentalement propre à chaque affaire.

[145] There is much wisdom, based on accumulated experience, in the Court's jurisprudence about unreasonable delay. But the Court has made adjustments over time and has been clear that further adjustments will likely need to be made in the future. As Sopinka J. wrote in *Morin*, "Embarking as we did on uncharted waters it is not surprising that the course we steered has required, and may require in the future, some alteration in its direction to accord with experience": p. 784. To be sure, some issues that need clarification have arisen in the case law and this appeal provides an opportunity to provide such clarification. But the orientation of our jurisprudence to case-specific determinations of reasonableness is sound. With modest adjustments to make the analysis more straightforward and with some additional clarification, that approach will continue to ensure that the constitutional right of accused persons to be tried in a reasonable time is defined and applied in a way that appropriately balances the many relevant considerations.

[145] La jurisprudence de la Cour sur les délais déraisonnables est empreinte de sagesse, vu l'expérience accumulée au fil des ans. La Cour y a pourtant effectué avec le temps des rajustements et a exprimé clairement que d'autres correctifs devront encore probablement y être apportés. En effet, ainsi que le juge Sopinka l'a écrit dans l'arrêt *Morin*, « [n]aviguant comme nous l'avons fait en eaux inconnues, il n'est pas surprenant que le cap que nous avons adopté ait nécessité certaines modifications pour se conformer à l'expérience et qu'il pourra en exiger d'autres à l'avenir » : p. 784. La jurisprudence démontre certes qu'il est nécessaire de préciser le cadre d'analyse, et le présent pourvoi nous donne l'occasion de le faire. L'orientation générale de notre jurisprudence qui consiste à juger du caractère raisonnable en fonction des particularités de chaque affaire est toutefois judicieuse. Sous réserve de quelques rajustements pour simplifier l'analyse et de certains éclaircissements supplémentaires, cette approche nous permettra de continuer de veiller à ce que la définition et l'application du droit constitutionnel de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable mettent comme il se doit en balance les nombreux facteurs pertinents.

[146] My reasons on this appeal and those of my colleagues, Justices Moldaver, Karakatsanis and Brown, present contrasting visions of how our s. 11(*b*) jurisprudence should develop.

[146] Les motifs que j'expose dans le présent pourvoi et ceux que formulent mes collègues, les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown, s'opposent sur l'évolution à donner à la jurisprudence relative à l'al. 11*b*).

[147] My colleagues would define reasonableness by assigning a number of months of delay — "ceiling[s]" (para. 5) — that will be taken to be reasonable unless the accused establishes not only that the case took markedly longer that it reasonably should have, but also that he or she took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings. As I see it, this is not an appropriate approach to interpreting and applying the s. 11(*b*) right for several reasons. First, reasonableness cannot be captured by a number; the ceilings substitute a right for "trial under the ceiling[s]" (para. 74) for the constitutional right to be tried within a reasonable time. Second, creating these

[147] Mes collègues définissent le caractère raisonnable en fixant à un certain nombre de mois — des « plafond[s] » (par. 5) — les délais qui seront jugés raisonnables, à moins que l'accusé établisse non seulement que le procès a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être, mais également qu'il a pris des mesures véritables qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance. À mon sens, ce n'est pas la bonne manière d'interpréter ou d'appliquer le droit garanti par l'al. 11*b*), et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, le caractère raisonnable ne peut être déterminé par un nombre, puisque les plafonds substituent alors au droit d'être jugé dans un délai

types of ceilings is a task better left to legislation. Third, the ceilings are not supported by the record or by my colleagues' analysis of the last 10 years of s. 11(*b*) jurisprudence and have not been the subject of adversarial debate. Fourth, there is a serious risk that the introduction of these ceilings will put thousands of cases at risk of being judicially stayed. Fifth, the ceilings are unlikely to achieve the simplicity that is claimed for them. Finally, setting aside 30 years of jurisprudence and striking out in this new direction is unnecessary. My colleagues easily conclude that our existing jurisprudence supplies a clear answer to this appeal: paras. 125 and 128. I agree with them that it does: the appeal must be allowed and a stay of proceedings entered.

raisonnable le droit à un « procès dans un délai inférieur au[x] plafond[s] » : par. 74. Deuxièmement, il vaut mieux laisser la création de ce genre de plafonds au législateur. Troisièmement, ni le dossier ni l'analyse de la jurisprudence des 10 dernières années relative à l'al. 11*b*) effectuée par mes collègues ne justifient les plafonds établis et ceux-ci n'ont en outre pas fait l'objet d'un débat contradictoire. Quatrièmement, l'introduction de ces plafonds risque sérieusement d'obliger les tribunaux à prononcer l'arrêt des procédures dans des milliers d'affaires. Cinquièmement, il est peu probable que l'application des plafonds soit aussi simple qu'on le prétend. Enfin, il n'est pas nécessaire d'écarter 30 ans de jurisprudence et d'aller dans une nouvelle direction qui n'en tient pas compte. Mes collègues sont facilement arrivés à la conclusion que la jurisprudence actuelle de la Cour permet de répondre clairement à la question posée par le présent pourvoi : par. 125 et 128. Je suis d'accord avec eux sur ce point : le pourvoi doit être accueilli et l'arrêt des procédures doit être ordonné.

[148] In contrast, my view is that a reasonable time for trial under s. 11(*b*) cannot and should not be defined by numerical ceilings. The accumulated wisdom of the past 30 years of jurisprudence, modestly clarified, provides a workable framework to determine whether the right to be tried in a reasonable time has been breached in a particular case.

[148] J'estime par contre que le délai raisonnable pour juger un accusé, au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11*b*), ne peut ni ne devrait être défini par des plafonds numériques. La sagesse qui se dégage de l'expérience accumulée par 30 années de jurisprudence fournit, avec de modestes éclaircissements, un cadre d'analyse réaliste pour déterminer si, dans une affaire donnée, il a été porté atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

B. *The Nature of the Section 11(b) Right*

B. *Nature du droit protégé par l'al. 11b)*

[149] The right to be tried within a reasonable time is easy to state and understand: people charged with offences should be tried within a reasonable time. Determining whether the right has been breached in a specific case, however, may be far from straightforward. The right is by its very nature fact-sensitive and case-specific. There are several reasons for this.

[149] Il est facile d'énoncer et de comprendre le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les personnes accusées d'avoir commis des infractions devraient être jugées dans un délai raisonnable. La réponse à la question de savoir s'il y a eu atteinte à ce droit dans une affaire donnée est, elle, toutefois, loin d'être simple. Ce droit est intrinsèquement fonction des faits et des particularités de chaque affaire, ce qui s'explique par plusieurs facteurs.

[150] First, the term "delay" is not entirely apt. While delay has a pejorative connotation, delay, in the sense of the passage of time, is inherent in any legal proceeding. In fact, some delay may be desirable. As stated by Lamer J., dissenting but not on this point, with Dickson C.J. concurring, undue haste itself can make a trial unfair: see *Mills*, at p. 941. Therefore, delay only becomes problematic when it is unreasonable.

[151] Second, unreasonableness is not conducive to being captured by a set of rules: a reasonable time for the disposition of one case may be entirely unreasonable for another. Reasonableness is an inherently contextual concept, the application of which depends on the particular circumstances of each case. This makes it difficult and in fact unwise to try to establish the reasonable time requirements of a case by a numerical guideline. Inevitably, the ceiling will be too high for some cases and too low for others. More fundamentally, a fixed guideline is inconsistent with the notion of reasonableness in the context of the infinitely varied situations that arise in real cases.

[152] Third, the *Charter* protects only against state action. Even if a case took too long to be dealt with, there will only be a breach of the right if that unreasonable delay counts against the state. And so it follows that the focus is not on unreasonable delay in general, but on unreasonable delay that properly counts against the state. We must therefore attribute responsibility for the delay that has occurred and only factor in the delay which can fairly be counted against the state in deciding whether the *Charter* right has been infringed.

[153] Finally, s. 11(*b*) implicates several distinct interests, both individual and societal. Excessive delay implicates the liberty, security, and fair trial

[150] Premièrement, il faut admettre que le mot « délai » n'est pas le terme le mieux choisi. Bien qu'il comporte, en anglais, une connotation péjorative, le mot « délai », au sens de passage du temps, est indissociable de toute procédure judiciaire. En fait, un certain délai peut même être souhaitable. Ainsi que l'a affirmé le juge Lamer, dissident, mais pas sur ce point (avec l'appui du juge en chef Dickson), la précipitation elle-même peut provoquer une atteinte au droit à un procès équitable : voir *Mills*, p. 941. Un délai ne devient donc problématique que lorsqu'il est déraisonnable.

[151] Deuxièmement, la notion de caractère déraisonnable se prête mal à l'établissement de règles : en effet, ce qui constitue un délai raisonnable pour trancher une affaire peut s'avérer tout à fait déraisonnable dans un autre cas. Le caractère raisonnable est un concept intrinsèquement contextuel et son application dépend des circonstances particulières de chaque espèce. Il est donc difficile et, en fait, imprudent de tenter de définir le délai qui serait raisonnable dans une affaire donnée au moyen d'une valeur numérique. Inévitablement, le plafond sera trop élevé dans certaines affaires et trop bas dans d'autres. Plus fondamentalement, l'établissement de lignes directrices fixes ne cadre pas avec la notion de caractère raisonnable dans la mesure où la réalité donne lieu à des situations infiniment variées.

[152] Troisièmement, la *Charte* ne protège que contre les agissements de l'État. Même si l'instruction d'une affaire accuse d'importants retards, on ne pourra conclure qu'il y a eu atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que si le délai en cause peut être reproché à l'État. Il s'ensuit donc qu'il faut mettre l'accent non pas sur le délai déraisonnable dans son ensemble, mais sur le délai déraisonnable qui peut être légitimement imputé à l'État. Pour décider s'il y a eu atteinte au droit protégé par la *Charte*, il faut donc attribuer la responsabilité du délai qui est survenu et ne tenir compte que de celui que l'on peut légitimement imputer à l'État.

[153] Enfin, l'alinéa 11*b*) fait intervenir plusieurs intérêts distincts, sur les plans à la fois individuel et social. Les délais excessifs mettent en cause le droit

interests of persons charged, as well as society's interest in the prompt disposition of criminal matters and in having criminal matters determined on their merits: *Morin*, at p. 786. Historically, the liberty interest was the focus: *Mills*, at p. 918, per Lamer J.; *Rahey*, at p. 642, per La Forest J., concurring.

[154] More recently, the "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" — the stigmatization, loss of privacy, stress and anxiety of those awaiting trial — has been recognized as implicating the security of the person charged: *Rahey*, at p. 605, per Lamer J., quoting A. G. Amsterdam, "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525, at p. 533; see also *Mills*, at pp. 919-20. As Cory J. for the majority put it in *Askov*, at p. 1219:

> There could be no greater frustration imaginable for innocent persons charged with an offence than to be denied the opportunity of demonstrating their innocence for an unconscionable time as a result of unreasonable delays in their trial. The time awaiting trial must be exquisite agony for accused persons and their immediate family.

[155] A third interest protected by s. 11(*b*) is the accused's interest in mounting a full and fair defence. As Sopinka J. said in *Morin*, the "right to a fair trial is protected [by s. 11(*b*)] by attempting to ensure that proceedings take place while evidence is available and fresh": p. 786. When delay is present, "justice may be denied. Witnesses forget, witnesses disappear. The quality of evidence may deteriorate": p. 810, per McLachlin J. (as she then was), concurring. Delay "can prejudice the ability of the defendant to lead evidence, cross-examine witnesses, or otherwise to raise a defence": *Godin*, at para. 30.

[156] Finally, the right to be tried within a reasonable time has a societal dimension: see e.g. *Askov*, at p. 1219, per Cory J. But societal interests do not

à la liberté et à la sécurité de l'accusé ainsi que son droit à un procès équitable. Ils ont aussi une incidence sur l'intérêt de la société à ce que les affaires criminelles soient jugées au fond rapidement : *Morin*, p. 786. Auparavant, l'accent était mis sur le droit à la liberté : *Mills*, p. 918, le juge Lamer; *Rahey*, p. 642, avec l'appui du juge La Forest.

[154] Plus récemment, on a reconnu que [TRADUCTION] « [l']assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante » — la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à sa vie privée ainsi que la tension et l'angoisse des personnes en attente d'un procès — compromettait aussi la sécurité de l'inculpé : *Rahey*, p. 605, le juge Lamer citant A. G. Amsterdam, « Speedy Criminal Trial : Rights and Remedies » (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525, p. 533; voir également *Mills*, p. 919-920. Ainsi que le juge Cory l'a expliqué dans l'arrêt *Askov*, p. 1219 :

> Il est difficile d'imaginer pire frustration pour des personnes innocentes qui sont accusées d'une infraction que celle d'être privées pendant un temps démesurément long de la possibilité de prouver leur innocence, et cela, en raison de délais excessifs à leur faire subir leur procès. L'attente d'un procès doit être un supplice pour les accusés et leur famille immédiate.

[155] Le droit de l'accusé de préparer une défense pleine et entière est le troisième droit que garantit l'al. 11*b*). Ainsi que le juge Sopinka l'a écrit dans l'arrêt *Morin*, « [p]our ce qui est du droit à un procès équitable, il est protégé [par l'al. 11*b*)] par la tentative de faire en sorte que les procédures aient lieu pendant que la preuve est disponible et récente » : p. 786. « Lorsque les procès sont retardés, il peut y avoir déni de justice. Des témoins oublient ou disparaissent. La qualité de la preuve peut se détériorer » : p. 810, avec l'appui de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef). Les délais « peuvent compromettre [la] capacité [de l'accusé] de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins ou de se défendre autrement » : *Godin*, par. 30.

[156] Enfin, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable comporte une dimension sociale : voir, p. ex., *Askov*, p. 1219, le juge Cory. Cela dit, les

all point in the same direction. On one hand, the wider community has an interest in "ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law" (pp. 1219-20) and in "preventing an accused from using the [s. 11(*b*)] guarantee as a means of escaping trial": p. 1227. On the other hand, there is a broad societal interest in ensuring that individuals on trial are "treated fairly and justly": p. 1220. The community benefits "by the quick resolution of the case either by reintegrating into society the accused found to be innocent or if found guilty by dealing with the accused according to the law" and witnesses and victims benefit from a prompt resolution of a criminal matter: *ibid.*

[157] While the right to be tried within a reasonable time implicates all of these interests, it is important to recognize that it is a free-standing right. As Martin J.A. put it in *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73 (Ont. C.A.), at p. 96, cited with approval in *Morin*, at p. 786: "Trials held within a reasonable time have an intrinsic value." As such, actual impairment of the various interests protected by s. 11(*b*) "need not be proven by the accused to render the section operative": *Conway*, at p. 1694, per Lamer J.; see also *Mills*, at p. 926, per Lamer J. The proper approach is to "recognize that prejudice underlies the right, while recognizing at the same time that actual proven prejudice need not be, indeed, is not, relevant to establishing a violation of s. 11(*b*)": *Mills*, at p. 926, per Lamer J.

[158] To sum up, the right to be tried in a reasonable time is multi-factored, fact-sensitive, and case-specific. Like other broadly expressed constitutional guarantees, its application to specific cases is unavoidably complex. Our experience to date suggests that the relevant factors and general approach set out in *Morin* respond to these complexities. However, experience also suggests that the way in which *Morin* has come to be applied is unduly complicated and that aspects of the relevant factors require clarification. This can be done without losing

intérêts de la société ne vont pas tous dans le même sens. D'une part, la société dans son ensemble a un intérêt « à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi » (p. 1219) et « à ce que ce droit garanti [par l'al. 11*b*)] ne devienne pas un moyen pour l'accusé de se soustraire à son procès » : p. 1227. D'autre part, il est dans l'intérêt de la société en général que les personnes appelées à subir leur procès soient « traitées avec justice et équité » : p. 1220. Elle profite « de la célérité avec laquelle la cause arrive à son terme soit par la réinsertion de l'accusé dans la société, s'il est reconnu innocent, soit par l'application des sanctions prévues par la loi, s'il est reconnu coupable », et il est en outre avantageux tant pour les témoins que pour les victimes que les affaires criminelles soient jugées rapidement : *ibid.*

[157] Bien que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable fasse intervenir tous ces intérêts, il est important de reconnaître qu'il s'agit d'un droit indépendant. Ainsi que le juge Martin l'a expliqué dans l'arrêt *R. c. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73 (C.A. Ont.), p. 96, cité et approuvé dans l'arrêt *Morin*, p. 786 : [TRADUCTION] « Les procès tenus dans un délai raisonnable ont une valeur intrinsèque. » Pour cette raison, « il n'incombe pas à l'accusé de prouver » qu'il y a effectivement eu atteinte à l'un des droits protégés par l'al. 11*b*) « pour que l'article soit applicable » : *Conway*, p. 1694, le juge Lamer; voir aussi *Mills*, p. 926, le juge Lamer. À mon avis, la démarche appropriée consiste à « reconnaître qu'un préjudice est sous-jacent à ce droit, tout en admettant aussi qu'un dommage réel prouvé n'a pas à être pertinent, ni d'ailleurs ne l'est, pour établir qu'il y a violation de l'al. 11*b*) » : *Mills*, p. 926, le juge Lamer.

[158] En somme, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est fonction de nombreux facteurs, des faits et des particularités de chaque cas. Tout comme d'autres garanties constitutionnelles exprimées en termes généraux, son application à une affaire donnée est inévitablement complexe. Notre expérience à ce jour nous indique que les facteurs pertinents et l'approche générale décrits dans l'arrêt *Morin* tiennent compte de cette complexité. Toutefois, l'expérience indique également que la façon dont l'arrêt *Morin* a été appliqué est inutilement

the case-specific focus on whether a particular case has been or will be tried within a reasonable time.

II. The Analytical Framework

[159] The purpose of carrying out the s. 11(*b*) analysis is to decide whether the length of time to try the case which counts against the state is "substantially longer than can be justified on any acceptable basis": *Smith*, at p. 1138. If so, the delay is unreasonable and in breach of s. 11(*b*).

[160] The *Morin* framework identifies and describes the many factors that are relevant to whether a delay is reasonable or unreasonable. But one of the limitations of the framework is that it provides little assistance as to how these various factors are to be weighed in order to reach a final conclusion. In order to simplify and clarify this analysis, it will be helpful to regroup the *Morin* considerations under four main analytical steps, which may be framed as questions to guide a court when confronted with a s. 11(*b*) claim. Doing so will make what is being considered and why more apparent, without losing the necessarily case-specific focus of the reasonableness inquiry. The questions are:

1. Is an unreasonable delay inquiry justified?

2. What is a reasonable time for the disposition of a case like this one?

3. How much of the delay that actually occurred counts against the state?

4. Was the delay that counts against the state unreasonable?

compliquée et que certains aspects des facteurs pertinents nécessitent des éclaircissements. Il est possible de se livrer à cet exercice sans perdre de vue la nécessité d'examiner si une affaire donnée a été ou sera jugée dans un délai raisonnable.

II. Le cadre analytique

[159] L'analyse fondée sur l'al. 11*b*) vise à décider si la portion du délai écoulé pour juger l'affaire en cause qui peut être imputée au ministère public constitue un délai « beaucoup plus long que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable » : *Smith*, p. 1138. Si oui, le délai est déraisonnable et il porte atteinte au droit protégé par l'al. 11*b*).

[160] Le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Morin* énumère et décrit les nombreux facteurs pertinents pour déterminer si un délai est ou non raisonnable. Toutefois, ce cadre comporte une lacune, en ce qu'il ne détermine pas vraiment de quelle manière ces différents facteurs doivent être mis en balance pour tirer une conclusion définitive. Pour simplifier et clarifier l'analyse, il est donc utile de regrouper ces facteurs en quatre grandes étapes analytiques que je formulerai sous forme de questions. Ce sont ces dernières qui guideront les cours de justice dans l'analyse d'un moyen fondé sur l'al. 11*b*). Cet exercice permettra de faire ressortir les éléments à examiner et la raison pour laquelle ils doivent l'être, sans perdre de vue la nécessité de mener l'examen du caractère raisonnable en fonction des particularités de l'affaire. Voici ces questions :

1. L'analyse du délai déraisonnable est-elle justifiée?

2. Quel serait le délai raisonnable pour juger une affaire comme celle dont le tribunal est saisi?

3. Quelle portion du délai effectivement écoulé peut-on attribuer à l'État?

4. Le délai attribuable à l'État était-il déraisonnable?

[161] This framework, along with elaboration of the relevant considerations, will clarify questions that have arisen in this case, namely: whether different periods of delay receive different weighting in the analysis; what is meant by "waiver" by the accused; and what is the role of prejudice in the analysis.

[162] I will now turn to a brief elaboration of each of these four analytical steps.

A. *Is an Unreasonable Delay Inquiry Justified?*

[163] The accused must establish as a threshold matter that there is a basis for the *Charter* inquiry. The court should look to the overall period between the charge and the completion of the trial to determine whether its length is such that it merits further inquiry. As stated by McLachlin J. in her concurring opinion in *Morin*, this determination can be made by referring to "'norms' representing the time reasonably taken to bring the offence charged to the point of trial in all the circumstances": p. 811. If there is no reasonable basis to think that the delay in question is excessive, the accused's s. 11(*b*) claim fails and the inquiry stops at this stage.

B. *What Is a Reasonable Time for the Disposition of a Case Like This One?*

[164] This second analytical step is to determine on an objective basis what would be a reasonable time for the trial of a case like the one under review. The objective standard of reasonableness has two components: institutional delay and inherent time requirements of the case. The period of institutional delay is the period that is reasonably required for the court to be ready to hear the case (including interlocutory motions) once the parties are ready to proceed. The reasonable inherent time requirements of the case represent the period of time that is reasonably required for the parties to be ready to proceed and to

[161] Ce cadre d'analyse, auquel viendront se greffer quelques considérations pertinentes, permettra de clarifier des questions qui ont été soulevées en l'espèce, soit : Différents délais sont-ils soupesés différemment dans le cadre de l'analyse? Que doit-on entendre par « renonciation » par l'accusé? Quel rôle joue le préjudice dans l'analyse d'un moyen fondé sur l'al. 11*b*).

[162] Je vais maintenant passer brièvement en revue chacune des quatre étapes de l'analyse.

A. *L'analyse du délai déraisonnable est-elle justifiée?*

[163] Dans un premier temps, l'accusé doit nécessairement faire la preuve de l'opportunité de procéder à une analyse fondée sur la *Charte*. Le tribunal doit examiner l'ensemble de la période écoulée entre le dépôt des accusations et la clôture du procès pour décider si le temps qu'il a fallu justifie un examen plus approfondi. Je suis d'accord avec l'opinion concordante de la juge McLachlin dans l'arrêt *Morin* selon laquelle il est possible de trouver la réponse à cette question dans des « "normes" qui représentent le temps qu'il faut normalement pour que l'infraction reprochée vienne à l'audience dans toutes les circonstances » : p. 811. S'il n'y a aucun motif raisonnable de croire que le délai en question est excessif, le moyen tiré par l'accusé de l'al. 11*b*) est mal fondé et l'examen cesse à cette étape.

B. *Quel serait le délai raisonnable pour juger une affaire comme celle dont le tribunal est saisi?*

[164] La deuxième étape de l'analyse est axée sur la recherche de ce qui, objectivement, constituerait une durée de procès raisonnable dans le cas d'une affaire comme celle qui fait l'objet de l'examen. La norme objective du caractère raisonnable comporte deux volets : le délai institutionnel et le délai inhérent au dossier. Le délai institutionnel correspond au temps dont le tribunal a raisonnablement besoin pour être prêt à instruire l'affaire (y compris les requêtes préliminaires), une fois que les parties sont prêtes pour le procès. Le délai inhérent au dossier qui est raisonnable correspond au délai

conclude the trial for a case similar in nature to the one before the court.

[165] Both of these periods of time are to be determined objectively. The acceptable period of institutional delay is determined in accordance with the administrative guidelines for institutional delay set out by this Court in *Morin*: eight to ten months before the provincial courts and six to eight months before the superior courts (see *Morin*, at pp. 798-99). The inherent time requirements of a case, on the other hand, are to be determined on the basis of judicial experience, supplemented by submissions of counsel and evidence in relation to the reasonable time requirements of a case of a similar nature to the one before the court. As I will describe below, these two elements must be distinguished in the s. 11(*b*) analysis.

(1) Institutional Delay

[166] Institutional delay is the period of time that results from the inadequacy of institutional resources. The period of institutional delay "starts to run when the parties are ready for trial but the system cannot accommodate them": *Morin*, at pp. 794-95. At this stage of the objective analysis, the court will determine an acceptable period of time for the court to be available to hear the case once the parties are ready to proceed.

(a) *The Morin Administrative Guidelines Are Appropriate for Determining Institutional Delay*

[167] As stated in *Morin*, "Institutional delay is the most common source of delay and the most difficult to reconcile with the dictates of s. 11(*b*) of the *Charter*": p. 794. The difficulty arises because we do not live in a "Utopia" in which there is always fully adequate funding, personnel, and facilities in order to administer criminal matters: p. 795.

raisonnablement nécessaire pour que les parties soient prêtes à procéder à l'instruction et pour mener l'affaire jusqu'à son dénouement, dans un dossier d'une nature semblable à celle du dossier dont la cour est saisie.

[165] Ces deux délais doivent être établis de façon objective. Le délai institutionnel acceptable est déterminé selon les lignes directrices administratives applicables à ce type de délai que la Cour a énoncées dans l'arrêt *Morin*, en l'occurrence, entre huit et dix mois pour les instances qui se déroulent devant une cour provinciale et entre six et huit mois pour celles qui se déroulent devant une cour supérieure : voir *Morin*, p. 798-799. En revanche, le délai inhérent à l'affaire est calculé en fonction de l'expérience judiciaire, complétée par les observations des avocats et par des éléments de preuve relatifs aux délais inhérents raisonnables dans des affaires de nature semblable à celle dont le tribunal est saisi. Comme nous le verrons plus loin, il y a lieu d'établir une distinction entre ces deux éléments dans le cadre de l'analyse fondée sur l'al. 11*b*).

(1) Le délai institutionnel

[166] Le délai institutionnel est la période attribuable à l'insuffisance des ressources institutionnelles. Il « commence lorsque les parties sont prêtes pour le procès mais le système ne peut leur permettre de procéder » : *Morin*, p. 795. À cette étape de l'analyse objective, le tribunal établira ce qui constitue un délai acceptable pour qu'il soit en mesure d'instruire l'affaire une fois que les parties sont prêtes pour le procès.

a) *Les lignes directrices administratives énoncées dans l'arrêt Morin permettent de déterminer le délai institutionnel*

[167] Comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Morin*, « [l]e délai institutionnel est la source la plus commune de délai et la plus difficile à faire correspondre aux exigences de l'al. 11*b*) de la *Charte* » : p. 794. Le problème réside dans le fait que nous ne vivons pas « en Utopie », un pays où le financement, les effectifs et les installations seraient

The courts must account for both the fact that the state does not have unlimited funds to attribute to the administration of the criminal justice system and the fact that an accused has a fundamental *Charter* right to be tried within a reasonable time: *ibid.*

[168] The period of institutional delay is generally not case-specific, unlike the inherent time requirements of a particular case. Institutional delay is therefore more amenable to generalization based on evidence than is the element of the reasonable inherent time requirements of particular types of cases. Moreover, institutional delay is largely the result of government choices about how to allocate resources. Accordingly, the courts "cannot simply accede to the government's allocation of resources and tailor the period of permissible delay accordingly": *Morin*, at p. 795.

[169] The *Morin* administrative guidelines, namely eight to ten months for trials in provincial courts and six to eight months for trials before the superior courts, were established on the basis of extensive statistical and expert evidence. There is no basis in the record in this case to revise them and I would therefore confirm these guidelines as appropriate for determining reasonable institutional delay.

(b) *Determining Institutional Delay*

[170] I would add two comments about determining institutional delay using the *Morin* administrative guidelines.

[171] First, in determining where a particular case should fit within the range established by the *Morin* guidelines, the court should consider whether the accused is in remand custody pending trial or subject to stringent bail conditions in identifying a reasonable period of institutional delay for a particular type of case. The period of reasonable institutional delay should generally be at the lower end of the range in these circumstances because these types of cases

toujours parfaitement suffisants pour satisfaire aux besoins de l'administration de la justice criminelle : p. 795. Les tribunaux doivent tenir compte à la fois du fait que l'État ne dispose pas de fonds illimités à consacrer à l'administration du système de justice criminelle et du fait que la *Charte* reconnaît à l'accusé le droit fondamental d'être jugé dans un délai raisonnable : *ibid.*

[168] Le délai institutionnel n'est généralement pas tributaire des particularités de l'affaire en cause, contrairement à son délai inhérent. Il se prête donc mieux à une généralisation fondée sur la preuve que le délai inhérent raisonnable de certains types de causes. De plus, le délai institutionnel résulte en grande partie des choix gouvernementaux en matière de répartition des ressources. Par conséquent, une cour de justice « ne peut pas simplement accepter [cette] répartition [. . .] par le gouvernement et déterminer en conséquence la longueur du délai acceptable » : *Morin*, p. 795.

[169] Les lignes directrices administratives énoncées dans l'arrêt *Morin*, qui sont de huit à dix mois s'agissant des cours provinciales et de six à huit mois s'agissant des cours supérieures, ont été établies à partir d'une abondante preuve statistique et d'expert. En l'espèce, rien dans le dossier ne justifie de les modifier et, en conséquence, je confirme qu'elles conviennent pour déterminer le délai institutionnel raisonnable.

b) *Établissement du délai institutionnel*

[170] Je tiens à ajouter deux commentaires concernant l'établissement du délai institutionnel à partir des lignes directrices administratives énoncées dans l'arrêt *Morin.*

[171] En premier lieu, pour savoir quelles périodes visées par ces lignes directrices conviennent à une affaire donnée, le tribunal devrait se demander si l'accusé est détenu de façon provisoire en attente de son procès ou si sa mise en liberté est assortie de conditions rigoureuses pour déterminer, s'agissant d'un type d'affaires particulier, ce qui constitue un délai institutionnel raisonnable. Un tel délai devrait, en règle générale, se situer à l'extrémité inférieure du

should receive higher priority by the courts. This period might even be shortened below the range described in the guidelines. As Sopinka J. put it *Morin*:

> If an accused is in custody or, while not in custody, subject to restrictive bail terms or conditions or otherwise experiences substantial prejudice, the period of acceptable institutional delay may be shortened to reflect the court's concern. [p. 798]

[172] Second, the guidelines should not be understood as precluding allowance for any "sudden and temporary strain on resources" that causes a temporary congestion in the courts: *Morin*, at p. 797. As I discuss at the final step of the analysis, even a properly resourced system will occasionally buckle under an unusually heavy onslaught of work.

(2) The Inherent Time Requirements of the Case

(a) *Introduction*

[173] The inherent time requirements of a case include the time periods that are reasonably necessary to conclude the proceedings for a case similar in nature to the one before the court. In *Morin*, Sopinka J. described some of the inherent time requirements of the case as including the time required "in processing the charge, retention of counsel, applications for bail and other pre-trial procedures" along with "police and administration paperwork, disclosure, etc.": pp. 791-92. Separate consideration of these inherent time requirements is essential given the almost infinitely variable circumstances of particular cases.

[174] As Lamer J. described in *Mills*, the inquiry into the inherent time requirements of a case will necessarily require judges to "rely heavily upon

spectre en pareilles circonstances, parce que ce type d'affaires devrait se voir accorder une plus grande priorité de la part des tribunaux. Il pourrait peut-être même être plus court que celui prévu par les lignes directrices. Ainsi que le juge Sopinka l'a expliqué dans l'arrêt *Morin* :

> Si l'accusé est sous garde ou, bien que n'étant pas sous garde, s'il est assujetti à des conditions de cautionnement restrictives ou s'il subit quelque autre préjudice important, la longueur du délai institutionnel acceptable peut être réduite afin de répondre à la préoccupation du tribunal. [p. 798]

[172] En deuxième lieu, l'interprétation des lignes directrices devrait permettre de tenir compte de toute « pression soudaine et temporaire [sur les ressources] » qui cause un engorgement passager des tribunaux : *Morin*, p. 797. Comme je l'expliquerai lorsque je traiterai de la dernière étape de l'analyse, même un système disposant de ressources suffisantes connaît parfois des ratés en cas de surcharge de travail inusitée.

(2) Le délai inhérent à l'affaire

a) *Introduction*

[173] Le délai inhérent à une affaire s'entend notamment des délais raisonnablement nécessaires pour mener l'instance à son terme dans une affaire de nature semblable à celle dont la cour est saisie. Dans l'arrêt *Morin*, le juge Sopinka a expliqué que, par délai inhérent à une affaire, on entend notamment le temps nécessaire « pour traiter l'accusation, retenir les services d'un avocat, régler les demandes de cautionnement et les autres procédures préalables au procès », mais aussi pour tenir compte de la préparation des « documents de la police et de l'administration, [ainsi que de la] communicatio[n] de la preuve, etc. » : p. 791-792. Il est essentiel que le délai inhérent à une affaire soit examiné séparément, puisque les circonstances varient presque à l'infini d'une affaire à l'autre.

[174] Comme le juge Lamer l'a expliqué dans l'arrêt *Mills*, pour pouvoir déterminer le délai inhérent à une affaire, les juges doivent nécessairement

their practical experience and good sense": p. 932. Judges should "undertake an objective assessment of the delay which may be required in the circumstances of the case": *ibid.* This inquiry is "wholly objective" (p. 931):

> . . . the court must fix an objective and realistic time period for the preparation of the type of case which is at bar. It must determine the period which would normally be required, taking into account the number of charges, the number of accused, the complexity and volume and similar objective elements, for the preparation and completion of the case . . . . [Emphasis added; p. 932.]

In the end, we must rely on the good sense and experience of trial judges to determine what would constitute a reasonable period of time required for a particular type of case.

[175] The inherent time requirements of a case are to be determined objectively on a case-by-case basis.

(b) *Determining the Inherent Time Requirements*

[176] The elements to be considered are the amounts of time reasonably required in processing the charge, retaining counsel, applying for bail, completing police and administration paperwork, making disclosure, dealing with pre-trial applications, preparing for and arguing the preliminary inquiry and/or the trial, and trying a case similar in the nature to the one before the court. Included are such things as the time reasonably required to reschedule after a mistrial, the time to resolve legal issues, the time to convene a judicial pre-trial, and a reasonable time to try the case: see e.g. Hill and Tatum, at pp. 14-15.

[177] If a case is more complex, the estimate of the reasonable time period required to dispose of the case will be higher. Given the type of case before the court, it may be expected that there

« faire largement appel à leur expérience pratique et à leur bon sens » : p. 932. Ils doivent « procéder à une évaluation objective du délai requis dans les circonstances de l'espèce » : *ibid*. Cet examen est « entièrement objectif » (p. 931) :

> . . . le tribunal doit fixer une période de temps objective et réaliste pour la préparation du genre d'affaires dont il est saisi. Il doit déterminer le temps qui serait normalement requis, compte tenu du nombre d'accusations, du nombre d'accusés, de la complexité et du volume de l'affaire et d'éléments objectifs similaires, pour la préparation et la constitution du dossier . . . [Je souligne; p. 932.]

En fin de compte, nous devons faire largement appel au bon sens et à l'expérience pratique des juges de première instance pour déterminer ce qui constitue un délai raisonnable nécessaire dans un cas particulier.

[175] Le délai inhérent à une affaire doit être déterminé de façon objective et au cas par cas.

b) *Détermination du délai inhérent*

[176] Les facteurs dont il y a lieu de tenir compte sont les suivants : les délais raisonnablement nécessaires pour traiter l'accusation, pour retenir les services d'un avocat, pour demander un cautionnement, pour s'acquitter des formalités policières et administratives, pour procéder à la communication de la preuve, pour s'occuper des demandes préalables au procès, pour préparer l'enquête préliminaire ainsi que l'instruction et les débats y afférents, et pour instruire une affaire de nature semblable à celle dont la cour est saisie. Il faut aussi tenir compte du temps raisonnablement nécessaire pour fixer une nouvelle date d'instruction en cas d'annulation du procès, de celui nécessaire pour régler des questions de droit, du temps requis pour la tenue d'une conférence préparatoire et de la période raisonnable requise pour juger l'affaire : voir, p. ex., Hill et Tatum, p. 14-15.

[177] Plus l'affaire est complexe, plus le délai raisonnable nécessaire estimé pour décider de l'affaire sera élevé. Selon le type d'affaires dont le tribunal est saisi, on peut s'attendre à un nombre plus élevé

will be more pre-trial motions, or particular types of motions. Most s. 11(*b*) applications are considered after the fact, and any incidental proceedings to a trial could help guide this analysis. However, courts should avoid *ex post facto* analysis focusing on whether certain motions in the case before them were unreasonably or unnecessarily taken. The objective nature of this inquiry involves an analysis of the type of case before the court, and all the motions and other pre-trial procedures that could reasonably be expected in such a case.

de requêtes préalables ou à la présentation de types particuliers de requêtes. La plupart des demandes fondées sur l'al. 11*b*) sont examinées après coup et toute procédure accessoire à un procès pourrait orienter cette analyse. Toutefois, les tribunaux devraient éviter les analyses a posteriori qui viseraient à déterminer si certaines requêtes présentées en cours d'instance ont été déposées inutilement ou de façon abusive. La nature objective de l'examen suppose que le tribunal analyse le type de dossiers soumis au tribunal, ainsi que toute autre mesure préalable au procès à laquelle on peut raisonnablement s'attendre en pareil cas.

[178] One example is a case involving a large amount of disclosure, where it could reasonably be expected that such disclosure would lengthen the inherent time requirements to try the case. However, disclosure may be a major factor contributing to delay and should be approached on the basis that the Crown has a duty to make disclosure fully, but also promptly. And defence counsel must not engage in unnecessary fishing expeditions. The reasonable estimation of the objective inherent time requirements of a case must assume both prompt disclosure and the absence of unnecessary fishing expeditions.

[178] On peut penser, par exemple, à une affaire comportant une quantité importante de documents à communiquer au préalable et dans laquelle on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que cette communication prolonge le délai inhérent à l'instruction de l'affaire. Cela dit, la communication préalable est un facteur susceptible de contribuer de manière importante aux délais et elle devrait être envisagée en tenant compte du principe selon lequel le ministère public est non seulement tenu de faire une communication complète, mais qu'il doit le faire sans tarder. Pour leur part, les avocats de la défense ne doivent pas se livrer à des recherches à l'aveuglette inutiles. L'estimation raisonnable du délai objectif inhérent à une affaire doit reposer à la fois sur une communication rapide de la preuve et sur l'absence de recherches à l'aveuglette inutiles.

[179] Also included in the inherent time requirements of a case is the time required for counsel, both Crown and defence, to be available and to prepare the case: see *Morin*, at p. 791. In *Morin*, Sopinka J. noted that the courts must take account of the fact that "counsel for the prosecution and the defence cannot be expected to devote their time exclusively to one case": p. 792. Or, as I put it in *Godin*, s. 11(*b*) does not require counsel to "hold themselves in a state of perpetual availability": para. 23. The court should estimate the reasonable amount of time required for Crown and defence counsel to prepare and to make themselves available in the type of case before them. This estimation is objective, and does not include an analysis of the record which may demonstrate that counsel

[179] La détermination du délai inhérent à une affaire tient également compte du temps dont les avocats, tant celui de la poursuite que celui de la défense, ont besoin pour se rendre disponibles et pour préparer la cause : voir *Morin*, p. 791. Dans cet arrêt, le juge Sopinka a fait observer que les tribunaux devaient tenir compte du fait qu'« on ne peut s'attendre que l'avocat de la poursuite et celui de la défense consacrent leur temps exclusivement à une affaire » : p. 792. Autrement dit, comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Godin*, l'al. 11*b*) n'exige pas que les avocats « demeurent disponibles en tout temps » : par. 23. Le tribunal devrait estimer le délai raisonnable dont l'avocat de la poursuite et celui de la défense ont besoin pour se préparer et pour se rendre disponibles dans le type d'affaire en cause.

was available before or after this estimated time period.

[180] *Morin* provides an example of how this may be done. Sopinka J. specifically found that "[a]n additional period for inherent time requirements must be allowed" for the post-preliminary inquiry "second stage": p. 793. He further inferred, absent concrete evidence to the contrary, that counsel would have required 2 months to make themselves prepared and available for trial and for the matter to be heard, leaving the other 12 months to institutional delay: pp. 804-6. Similarly, in *R. v. Sharma*, [1992] 1 S.C.R. 814, at pp. 825-26, Sopinka J. estimated 3 months of inherent time requirements in the 12-month period from the set date appearance to the trial date.

[181] Finally, in estimating a reasonable time period for the inherent time requirements of a case, the court should also take into account the liberty interests of the accused. If an accused is in custody or under stringent conditions of release, such as house arrest, counsel and the court system should accord his or her case priority over those of accused persons subject to less onerous conditions pending trial.

(c) *Do the Periods of Institutional Delay and Inherent Time Requirements Overlap?*

[182] The question has arisen of whether the periods of institutional delay (i.e. the time for the court to be ready to hear the matter) and inherent delay (i.e. the time reasonably required for the parties to be ready to proceed and to conclude the trial for a case similar in nature to the one before the court) overlap. On occasion, the elements of institutional and inherent requirements have been intermingled in the application of the s. 11(*b*) framework such as in considering periods of time during which both counsel and the court are unavailable: see e.g. C. Ruby, "Trial

Il s'agit d'une estimation objective, sans analyse du dossier qui pourrait démontrer que l'avocat était disponible avant ou après cette période de temps estimée.

[180] L'affaire *Morin* illustre comment on peut s'y prendre pour procéder à une telle estimation. Le juge Sopinka a expressément conclu qu'« [i]l convient d'accorder une période supplémentaire pour les délais inhérents [au] second volet », postérieur à l'enquête préliminaire : p. 793. Il a également estimé, en l'absence d'éléments de preuve concrets démontrant le contraire, qu'il aurait fallu 2 mois pour que les avocats se préparent et soient disponibles pour le procès et pour que l'affaire soit instruite, de sorte qu'on pouvait attribuer les 12 autres mois au délai institutionnel : p. 804-806. De même, dans l'arrêt *R. c. Sharma*, [1992] 1 R.C.S. 814, p. 825-826, le juge Sopinka a estimé que le délai inhérent représentait 3 des 12 mois du temps écoulé entre la date fixée pour la comparution et la date du procès.

[181] Enfin, pour estimer une période de temps raisonnable en ce qui concerne le délai inhérent à l'affaire, le tribunal devrait également tenir compte du droit à la liberté de la personne garanti à l'accusé. Si ce dernier est en détention ou qu'il est assujetti à des conditions strictes de remise en liberté, telle l'obligation de demeurer en détention à domicile, les avocats et le système de justice devraient accorder la priorité à son dossier par rapport à ceux des accusés qui sont assujettis à des conditions moins strictes en attente de leur procès.

c) *Le délai institutionnel et le délai inhérent à une affaire se chevauchent-ils?*

[182] La question de savoir si le délai institutionnel — c.-à-d. le temps nécessaire pour que le tribunal soit prêt à instruire l'affaire — et le délai inhérent — c.-à-d. le temps raisonnablement nécessaire pour que les parties soient prêtes à procéder, et ce, jusqu'au dénouement du procès, dans une affaire de nature semblable à celle que le tribunal doit examiner — se chevauchent a été posée. Il est arrivé dans le passé que ces éléments, le délai institutionnel et le délai inhérent, s'entremêlent lors de l'application du cadre d'analyse applicable à une demande fondée

Within a Reasonable Time under Section 11(b): the Ontario Court of Appeal Disconnects from the Supreme Court" (2013), 2 C.R. (7th) 91, at p. 94, citing *Morin*, at p. 793. The short answer to this question of overlap, however, is that, on the objective determination of how much time the case should reasonably take, the two periods are distinct.

[183] The reasonable inherent time requirements are concerned with identifying a reasonable period to get a case similar in nature to the one before the court ready for trial and to complete the trial. The inherent time requirements are not determined, for instance, with reference to the actual availability of particular counsel and court, but rather they are determined by an objective estimation. The other element, the acceptable period of institutional delay, is the amount of time reasonably required for the court to be ready to hear the case once the parties are ready to proceed. This is expressed with reference to the *Morin* guidelines. These guidelines do not relate to inherent time requirements; they reflect only the acceptable period of *institutional delay*.

(3) Conclusion on Objectively Reasonable Time Requirements

[184] To sum up, in assessing a claim under s. 11(*b*), the courts must first determine the reasonable time requirements, objectively viewed, for the type of case before them. Simply put, the courts must determine how long the case should reasonably take (or have taken). This consists, first, of the length of time required for that type of case to be prepared, heard, and decided (i.e. the case's inherent time requirements). The second element is the additional time required for the court to be available to hear the parties beyond the point at which they should be prepared to proceed (i.e. the period of institutional delay). This period of institutional delay is assessed by applying the administrative guidelines developed

sur l'al. 11*b*). Cela s'est produit notamment lorsqu'il fallait tenir compte de périodes pendant lesquelles ni les avocats ni le tribunal n'étaient disponibles : voir, p. ex., C. Ruby, « Trial Within a Reasonable Time under Section 11(b) : the Ontario Court of Appeal Disconnects from the Supreme Court » (2013), 2 C.R. (7th) 91, p. 94, citant l'arrêt *Morin*, p. 793. Cela dit, pour répondre brièvement à cette question du chevauchement, il suffit de signaler que dès lors que l'on détermine de façon objective combien de temps l'instruction de l'affaire devrait raisonnablement prendre, ces deux périodes sont distinctes.

[183] Le concept de délai inhérent raisonnable vise à définir l'espace de temps raisonnable pour qu'une affaire de nature semblable à celle que le tribunal doit examiner soit prête pour le procès, et pour que ce dernier soit instruit. Le délai inhérent n'est pas déterminé, par exemple, en fonction de la disponibilité réelle des avocats ou de la juridiction concernés, mais bien selon une estimation objective. L'autre élément, soit le délai institutionnel acceptable, correspond à la période de temps dont le tribunal a raisonnablement besoin pour être en mesure de commencer à instruire l'affaire une fois que les parties sont prêtes pour le procès. Ces considérations s'inspirent des lignes directrices de l'arrêt *Morin*, qui ne concernent pas le délai inhérent à l'affaire, mais uniquement le *délai institutionnel* acceptable.

(3) Conclusion sur le délai objectivement raisonnable

[184] Pour résumer, lorsqu'il est appelé à juger un moyen fondé sur l'al. 11*b*), le tribunal doit d'abord déterminer, de façon objective, les délais raisonnables dans le cas du type d'affaires dont il est saisi. En un mot, il doit déterminer combien de temps le procès devrait raisonnablement prendre (ou aurait dû prendre). Pour ce faire, il doit tout d'abord évaluer le temps nécessaire pour préparer, instruire et trancher ce type d'affaires (autrement dit, le délai inhérent à l'affaire). Ensuite, il doit tenir compte de la période supplémentaire de temps qu'il faut pour être en mesure d'entendre les parties à partir du moment où celles-ci sont censées être prêtes pour le procès (c.-à-d. le délai institutionnel).

in *Askov* and *Morin*: eight to ten months in provincial court and six to eight months in superior court. These guidelines set some rough limits on the point at which inadequacy of state resources will be accepted as an excuse for excessive delay.

C. *How Much of the Delay That Actually Occurred Counts Against the State?*

[185] Having addressed the objective elements of the analysis — the reasonable institutional delay and the reasonable inherent time requirements of the case — the judge moves on to compare those objectively reasonable time periods against the time actually taken in the case before the court, to determine whether the overall delay is reasonable. Delay in excess of the objectively required time may be reasonable if it is not attributable to the state. As mentioned at the outset, s. 11(*b*) protects only against unreasonable delay attributable to the state. The period fairly attributable to the state excludes any time period fairly attributable to the accused — including "waiver" — and any extraordinary and unavoidable delays that should not be counted against the state. The main task at this step of the analysis is to identify any portion of the actual elapsed time that should not count against the state.

(1) Delay Attributable to the Accused

[186] Delay attributable to the accused includes any period "waived" by the accused, and other delays attributable to the accused.

(a) *Waiver*

[187] The concept of "waiver" by the accused in the s. 11(*b*) context has given rise to some confusion and this case provides an opportunity to bring further clarity to that issue.

Ce délai institutionnel est apprécié en appliquant les lignes directrices administratives élaborées dans les arrêts *Askov* et *Morin*, soit de huit à dix mois s'agissant des cours provinciales, et de six à huit mois s'agissant des cours supérieures. Ces lignes directrices établissent des limites approximatives en deçà desquelles l'insuffisance des ressources de l'État sera considérée comme une excuse acceptable justifiant un délai excessif.

C. *Quelle portion du délai effectivement écoulé peut-on attribuer à l'État?*

[185] Pour déterminer si l'ensemble du délai est raisonnable, après avoir traité des éléments objectifs de l'analyse — le délai institutionnel raisonnable et le délai inhérent raisonnable de l'affaire —, le tribunal devra comparer ces délais objectivement raisonnables avec le temps durant lequel l'affaire a réellement été devant le tribunal. La période qui excède le temps objectivement nécessaire peut être jugée raisonnable si elle n'est pas imputable à l'État. En effet, comme nous l'avons mentionné dès le départ, l'al. 11*b*) ne protège que contre les délais déraisonnables imputables à ce dernier. Pour définir la période qui est légitimement imputable à l'État, on exclut toute celle légitimement attribuable à l'accusé — y compris toute période à laquelle il a « renoncé » — et tout délai extraordinaire et inévitable qui ne peut être reproché à l'État. Ainsi, la tâche principale du tribunal à cette étape de l'analyse consiste à déterminer quelle portion du temps effectivement écoulé ne peut être imputée à l'État.

(1) Délai imputable à l'accusé

[186] On inclut dans le délai imputable à l'accusé toute période à laquelle il a « renoncé » ainsi que de tout autre délai qui lui est attribuable.

a) *Renonciation*

[187] Dans le contexte de l'application de l'al. 11*b*), le concept de « renonciation » par l'accusé est à l'origine d'une certaine confusion, et la présente affaire nous donne l'occasion de clarifier quelque peu la question.

[188] First, the language of "waiver" in this context may be misleading. As stated by this Court in *Conway*, when the courts speak of "waiver" in the context of s. 11(*b*), "it is not the right itself which is being waived but merely the inclusion of specific periods in the overall assessment of reasonableness": p. 1686. This means that periods of time to which the accused has or is deemed to have agreed will not count towards any determination of unreasonable delay.

[189] Second, there is admittedly some lack of clarity in our jurisprudence as to whether the accused's consent to an adjournment sought by the Crown constitutes "waiver" of the resulting delay. In *Smith*, this Court created a rebuttable inference of waiver if defence consents to a future trial date. This proposition was qualified, however, by the point that "inaction or acquiescence on the part of the accused, short of waiver", does not result in a forfeiture of an accused's s. 11(*b*) rights: *Smith*, at p. 1136. In *Morin*, Sopinka J. explained that the accused's consent to a trial date "can give rise to an inference of waiver", but this is not the case "if consent to a date amounts to mere acquiescence in the inevitable": p. 790. This Court, albeit in very short decisions, upheld this approach in *R. v. Brassard*, [1993] 4 S.C.R. 287, at p. 287, and *R. v. Nuosci*, [1993] 4 S.C.R. 283, at p. 284, stating that consent to a future date *will* be characterized as waiver in the absence of evidence that it is acquiescence.

[190] A rebuttable inference of waiver from the accused's consent to an adjournment does not sit well with the settled law that waiver must be clear, unequivocal and must be established by the Crown: see e.g. *Askov*, at p. 1232. As noted in *Morin*, the waiver must be done "with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of

[188] Tout d'abord, dans le présent contexte, le terme « renonciation » peut être trompeur. Je précise donc que, comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Conway*, lorsque les tribunaux parlent de « renonciation » dans le contexte de l'application de l'al. 11*b*), « il ne faut pas perdre de vue qu'[elle] ne vise pas le droit lui-même, mais simplement l'inclusion de certaines périodes dans l'appréciation générale du caractère raisonnable » : p. 1686. Il s'ensuit que les périodes auxquelles l'accusé a ou est censé avoir consenti n'entrent pas dans le calcul du délai déraisonnable.

[189] Ensuite, il faut reconnaître que notre jurisprudence manque de clarté quant à la question de savoir si le consentement donné par l'accusé à un ajournement réclamé par le ministère public emporte « renonciation » de sa part à invoquer le délai qui en résulte. Dans l'arrêt *Smith*, la Cour a créé une présomption réfutable de renonciation dans le cas où la défense consentirait au report de la date du procès. La Cour a toutefois nuancé cette affirmation en expliquant que « l'inaction ou l'acquiescement de la part de l'accusé, ne comportant pas une renonciation, » ne peut entraîner la déchéance du droit qui lui est garanti par l'al. 11*b*) : *Smith*, p. 1136. Dans l'arrêt *Morin*, le juge Sopinka a expliqué que le fait pour l'accusé de consentir à une date de procès « peut permettre de déduire qu'il a eu renonciation », mais que ce n'est pas le cas « si le consentement à une date équivaut à une simple reconnaissance de l'inévitable » : p. 790. Même s'il s'agit de décisions très brèves, la Cour a confirmé ce raisonnement dans les arrêts *R. c. Brassard*, [1993] 4 R.C.S. 287, p. 287, et *R. c. Nuosci*, [1993] 4 R.C.S. 283, p. 284, déclarant que, à défaut d'éléments de preuve tendant à démontrer qu'il s'agit d'un acquiescement, le consentement de l'accusé au report de la date du procès *est* considéré comme une renonciation.

[190] L'idée d'une présomption réfutable de renonciation découlant du consentement par l'accusé à un ajournement cadre mal avec la jurisprudence établie suivant laquelle, d'une part, la renonciation doit être claire et sans équivoque et, d'autre part, il incombe au ministère public d'en faire la preuve : voir, p. ex., *Askov*, p. 1232. Comme la

the effect that waiver will have on those rights", and such a test is "stringent": p. 790.

[191] I conclude that, when the accused consents to a date for trial offered by the court or to an adjournment sought by the Crown, that consent, without more, does not amount to waiver. The onus is on the Crown to demonstrate that this period is waived, that is, that the accused's conduct reveals something more than "mere acquiescence in the inevitable" and that it meets the high bar of being clear, unequivocal, and informed acceptance that the period of time will not count against the state.

(b) *Other Delay Attributable to the Accused*

[192] All steps that are reasonably necessary to make full answer and defence are properly part of the inherent time requirements of the case and do not count against either the Crown or the accused. However, delay resulting from unreasonable actions solely attributable to the accused must be subtracted from the period for which the state is responsible.

[193] Unreasonable actions by the accused may take diverse forms, such as last-minute changes in counsel or adjournments flowing from a lack of diligence (e.g. failure to pursue or review disclosure in a timely way; pursuit of unnecessary information; failure to attend court appearances or to give timely notice of intended *Charter* applications, particularly during case scheduling; unreasonable rejection of earlier dates for preliminary hearing, trial or other court appearances (see Hill and Tatum, at pp. 17-18); and a lack of sufficient effort to accommodate dates available to the court and the prosecution). It is obvious that delays caused by attempts to obstruct the course of the trial, that amount to "deliberate and calculated tactic[s] employed to delay the trial", or

Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Morin*, la renonciation doit être faite « en pleine connaissance des droits que la procédure était destinée à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits » et, a-t-elle ajouté, ce critère est « stric[t] » : p. 790.

[191] Je conclus donc que, lorsque l'accusé donne son consentement à la date de procès proposée par le tribunal ou à un ajournement réclamé par le ministère public, ce consentement, s'il est isolé, ne constitue pas une renonciation. Il incombe au ministère public de démontrer que l'accusé a renoncé à invoquer ce délai. Autrement dit, en pareil cas, le ministère public doit d'abord prouver que, par sa conduite, l'accusé a signifié qu'il ne s'agissait pas de sa part d'une « simple reconnaissance de l'inévitable ». Ensuite, il doit satisfaire au critère rigoureux qui l'oblige à établir que l'accusé a accepté de façon claire, non équivoque et éclairée que ce délai ne soit pas imputé à l'État.

b) *Autre délai attribuable à l'accusé*

[192] Tous les délais découlant des démarches raisonnablement nécessaires entreprises pour que l'accusé soit en mesure de présenter une défense pleine et entière font légitimement partie du délai inhérent à l'affaire et ne peuvent être imputés ni à ce dernier ni au ministère public. Toutefois, les délais résultant de mesures déraisonnables imputables uniquement aux agissements de l'accusé doivent être soustraits de la période dont l'État est responsable.

[193] Les mesures déraisonnables prises par l'accusé peuvent revêtir diverses formes. Il peut s'agir de changements d'avocats survenus à la dernière minute ou d'ajournements résultant d'un manque de diligence (p. ex., en faisant défaut de tenter d'obtenir la communication de documents ou de les examiner en temps utile; en présentant des demandes de renseignements inutiles; en omettant de comparaître devant le tribunal ou de donner dans le délai prescrit un avis de son intention de présenter une requête fondée sur la *Charte*, en particulier lors de la confection du rôle; en refusant de manière abusive d'accepter une date hâtive d'audience préliminaire, de procès ou d'autres comparutions devant le tribunal (voir Hill et Tatum, p. 17-18); et en omettant de

other vexatious or bad faith conduct by the accused, cannot count against the state: *Askov*, at p. 1228.

[194] The question of whether the actions of the accused were unreasonable must be viewed through the lens of reasonable conduct of counsel and the accused at the time the judgments had to be made, not with the benefit of hindsight. The accused must not be penalized for taking all reasonable steps to make full answer and defence even if, with the benefit of hindsight, they were not particularly fruitful.

(2) Extraordinary and Unavoidable Delays That Should Not Count Against the State

[195] It is also necessary to subtract from the actual delay any periods that, although not fairly attributable to the defence, are nonetheless not fairly counted against the state. Such time periods could include unavoidable delays due to inclement weather or illness of a trial participant.

D. *Was the Delay That Counts Against the State Unreasonable?*

[196] At this point in the analysis, the judge has determined the reasonable time a case ought to have taken, and the period of time that fairly counts against the state that it actually took. The next and final step is to determine whether this actual period of time exceeds the reasonable time by more than can be justified on any acceptable basis. This approach is a slight reorientation of the *Morin* framework because the focus is more explicitly on the period of delay which exceeds what would have been reasonable. But there is no change in principle.

faire des efforts suffisants pour s'accommoder des dates auxquelles le tribunal et le ministère public sont disposés à procéder). Évidemment, les délais attribuables au « recours délibéré à [des] tactique[s] qui vise[nt] à retarder le procès » ou à toute autre conduite vexatoire ou entachée de mauvaise foi par l'accusé ne sauraient être reprochés à l'État : *Askov*, p. 1228.

[194] La question de savoir si les actes de l'accusé étaient déraisonnables doit être examinée à l'aune du critère de la conduite raisonnable de l'avocat et de l'accusé au moment où les décisions en question devaient être prises, et non avec l'avantage que procure le recul. L'accusé ne doit pas être pénalisé parce qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour présenter une défense pleine et entière, et ce, même si, a posteriori, il s'avère que ces démarches n'ont pas été très utiles.

(2) Délais extraordinaires et inévitables qui ne sauraient être imputés à l'État

[195] Il est également nécessaire de soustraire du temps effectivement écoulé toute période qui, bien qu'elle ne soit pas légitimement imputable à la défense, ne peut néanmoins être reprochée légitimement non plus à l'État. Mentionnons à titre d'exemple les délais inévitables attribuables aux intempéries ou à la maladie d'un des participants au procès.

D. *Le délai attribuable à l'État était-il déraisonnable?*

[196] À cette étape de l'analyse, le juge a estimé combien de temps le procès aurait raisonnablement dû prendre et il a déterminé la portion de la durée réelle du procès qui peut légitimement être imputée à l'État. La prochaine et dernière étape de son analyse consistera à déterminer si ce délai excède le délai raisonnable d'une période plus longue que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable. Cette démarche intellectuelle se veut une légère réorientation du cadre d'analyse prescrit par l'arrêt *Morin* parce qu'il met l'accent plus explicitement sur la portion du délai qui excède ce qui aurait été raisonnable. Cette nouvelle approche ne constitue pas pour autant un changement de principe.

(1) Can the Delay Beyond What Would Have Been Reasonable Be Justified?

[197] Determining whether the actual delay was longer than what would have been reasonable is a simple matter of arithmetic. However, qualifying the extent of that excess delay as justified or not requires evaluation. As stated in *Morin*, at p. 787: "The general approach to a determination as to whether the right has been denied is not by the application of a mathematical or administrative formula" but rather by judicial determination.

[198] Where the actual time exceeds what would have been reasonable for a case of that nature, the result will be a finding of unreasonable delay unless the Crown can show that the delay was justified having regard to the length of the excess delay balanced against certain other factors described below. The point at which the amount of time beyond what would have been a reasonable delay becomes unreasonable cannot be described with precision. We can say, however, that where the delay exceeds what would have been reasonable, justification is required and, as the length of the excess delay increases, justification will be more difficult. Even substantial excess delay may be justified and therefore reasonable where, for example, there is a particularly strong societal interest in the prosecution proceeding on its merits, or where the delay results from temporary and extraordinary pressures on counsel or the court system. However, it does not follow that in these conditions the excess period is invariably justified. As I will discuss, given proof of actual prejudice to the accused or of abusive or negligent conduct on the part of the Crown which contributed to the delay, justification may be found to be lacking.

[199] The focus must remain on the fundamental question at this point in the analysis: whether the amount of excess delay can be "justified on any acceptable basis": *Smith*, at p. 1138.

(1) Le délai qui excède ce qui aurait été raisonnable peut-il être justifié?

[197] Pour déterminer si le délai qui s'est réellement écoulé a été plus long que ce qui aurait été raisonnable, il suffit d'un simple calcul. Toutefois, pour décider si le délai excédentaire est justifié ou non, il faut poursuivre l'analyse. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Morin*, p. 787 : « La méthode générale pour déterminer s'il y a eu violation du droit ne consiste pas dans l'application d'une formule mathématique ou administrative », mais plutôt dans une décision judiciaire.

[198] Lorsque le temps qui s'est réellement écoulé excède ce qui aurait été raisonnable pour une cause de même nature, il faut conclure au caractère déraisonnable du délai, à moins que le ministère public puisse démontrer que ce dernier était justifié à la lumière de la mise en balance de l'ampleur de l'excédent et de certains autres facteurs décrits ci-après. Le point de bascule à partir duquel le temps réellement écoulé devient déraisonnable ne peut être défini précisément. Nous pouvons toutefois affirmer que lorsque le délai excède ce qui aurait été raisonnable, il faudra le justifier, et que plus l'excédent est long, plus il sera difficile de le justifier. Cela dit, même les excédents importants peuvent se justifier, et donc être jugés raisonnables lorsque, par exemple, l'intérêt de la société à ce que le dossier soit jugé au fond est particulièrement élevé ou lorsque le délai résulte de pressions temporaires et exceptionnelles sur les avocats ou sur le système judiciaire. Cependant, on ne peut en conclure que, dans ces conditions, la période excédentaire sera systématiquement justifiée. Comme je vais en discuter, en présence de preuve que l'accusé a réellement subi un préjudice ou d'une conduite abusive ou négligente du ministère public qui a contribué au délai, le tribunal pourra conclure à l'absence de justification.

[199] Il faut continuer à mettre l'accent sur la question fondamentale à cette étape de l'analyse, soit celle de savoir si le délai excédentaire peut être « justifié de quelque façon acceptable » : *Smith*, p. 1138.

(2) The Role of Prejudice in the Analysis

[200] The role of prejudice in the unreasonable delay analysis has become unduly complicated. The jurisprudence has distinguished between inferred and actual prejudice and, in some cases, it appears that it has been almost impossible to succeed on an unreasonable delay claim without proof of either type of prejudice.

[201] I would clarify the role of prejudice in the following ways.

[202] First, I would affirm the statements in previous cases to the effect that actual prejudice is not necessary to establish a breach of s. 11(*b*): see e.g. *Mills*, at p. 926, per Lamer J.; *Askov*, at p. 1232, per Cory J. The question is whether the delay is unreasonable, not whether an unreasonable delay has, in addition to being unreasonable, caused identifiable and actual prejudice.

[203] Second, and as explained earlier, actual prejudice to the liberty interests of the accused, notably being detained in custody or subject to very restrictive bail conditions pending trial, is taken into account in deciding what a reasonable time for trial would be. Prejudice of this nature during the period of reasonable delay need not be considered again in the final assessment of whether the delay is unreasonable.

[204] Third, prejudice to an accused's security and fair trial interests in the general sense — such as stress and stigma or the erosion of evidence — is already considered in this revised framework. Defining the reasonable time requirements of a case recognizes that delay beyond this point will cause such stress and erosion of fair trial interests, regardless of any evidence the Crown may bring to

(2) Le rôle du préjudice dans l'analyse

[200] Le rôle que joue le préjudice dans l'analyse du délai déraisonnable est devenu inutilement compliqué. La jurisprudence a établi une distinction entre le préjudice présumé et le préjudice réellement subi par l'accusé et, dans certains cas, il semble qu'il soit devenu presque impossible d'obtenir gain de cause lorsqu'on présente une demande fondée sur un délai déraisonnable si l'on ne peut faire la preuve d'un type ou l'autre de préjudice.

[201] Dans les paragraphes qui suivent, je vais clarifier le rôle du préjudice.

[202] Premièrement, je confirme les affirmations faites dans la jurisprudence suivant lesquelles il n'est pas nécessaire de prouver que l'accusé a réellement subi un préjudice pour que le tribunal conclue à une violation de l'al. 11*b*) : voir, p. ex., *Mills*, p. 926, le juge Lamer; *Askov*, p. 1232, le juge Cory. Il s'agit de savoir si le délai est déraisonnable et non de savoir si un délai déraisonnable a, outre le fait qu'il est déraisonnable, réellement entraîné un préjudice tangible.

[203] Deuxièmement, comme je l'ai déjà expliqué, pour déterminer en quoi devrait consister la durée raisonnable d'un procès, on tient compte de l'atteinte concrète causée aux droits à la liberté de l'accusé et notamment, le cas échéant, du fait qu'il est détenu sous garde ou qu'il est soumis à des conditions très contraignantes de remise en liberté en attendant la tenue de son procès. Ainsi, à l'étape finale de l'évaluation du caractère raisonnable du délai, il n'est pas nécessaire de tenir compte de nouveau de ce type de préjudice qu'il a pu subir au cours de la période correspondant au délai raisonnable.

[204] Troisièmement, selon le cadre d'analyse révisé décrit dans les présents motifs, à cette étape, il a déjà été tenu compte du préjudice causé aux droits de l'accusé à la sécurité de sa personne et à un procès équitable en général — avec, notamment, la prise en considération du stress ou de la stigmatisation dont il a été victime ou de l'érosion de la preuve. En définissant la durée raisonnable de

the contrary. Prejudice to these interests during the period of reasonable delay need not be explicitly considered as a separate factor in this final inquiry, and the court should not consider evidence on any vague, general effect that the delay may have had on the security or fair trial interests of the accused.

[205] Fourth, specific examples of actual prejudice to an accused's security and fair trial rights, such as the loss of employment or death of a witness (this, of course, is not an exhaustive list), are properly considered at the final stage of the analysis.

[206] Lastly, the absence of actual prejudice cannot make reasonable what would otherwise be an unreasonable delay. Actual prejudice need not be proved to find an infringement of s. 11(*b*) and its absence cannot be used to excuse otherwise unreasonable delay. However, even if the excess delay does not exceed the objectively determined reasonable time requirements of a case of that nature, the accused still may be able to demonstrate actual prejudice, thus making unreasonable (in the particular circumstances of the case) a delay that might otherwise be objectively viewed as reasonable.

(3) Extraordinary Reasons for the Delay

[207] Exceptional cases may arise which merit further consideration of the various reasons for the delay at this final stage of the inquiry.

l'instance, on reconnaît que tout délai supplémentaire causera un stress à l'accusé et portera atteinte à son droit à un procès équitable, et ce, indépendamment de toute preuve contraire que pourrait présenter le ministère public. Il n'est donc pas nécessaire de tenir compte expressément de l'atteinte qui a été portée à ces droits au cours de la période constituant un délai raisonnable et de considérer ces facteurs comme des éléments distincts lors de l'analyse finale. En outre, le tribunal ne devrait pas tenir compte d'éléments de preuve portant sur les conséquences vagues et générales que le délai a pu avoir sur les droits de l'accusé à la sécurité de sa personne ou à un procès équitable.

[205] Quatrièmement, des exemples précis de cas où l'accusé a réellement subi un préjudice découlant d'une atteinte à son droit à la sécurité de sa personne et à un procès équitable, tels que la perte d'un emploi ou le décès d'un témoin (ce qui, bien sûr, ne constitue pas une liste exhaustive), sont des exemples de circonstances dont le tribunal tient légitimement compte à cette étape finale de l'analyse.

[206] Enfin, le fait que l'accusé n'ait pas réellement subi de préjudice ne peut rendre raisonnable un délai qui, autrement, serait déraisonnable. Il n'est pas nécessaire qu'un tel préjudice soit mis en preuve pour que le tribunal conclue à une violation de l'al. 11*b*), et son absence ne peut pas être invoquée pour excuser un délai autrement déraisonnable. Toutefois, même si le délai excédentaire n'est pas plus long que le délai objectivement jugé raisonnablement nécessaire pour juger une affaire comme celle dont la cour est saisie, l'accusé peut prouver qu'il a réellement subi un préjudice et ainsi établir le caractère déraisonnable du délai (dans les circonstances particulières de sa cause), même si celui-ci, autrement, pourrait être objectivement jugé raisonnable.

(3) Raisons extraordinaires invoquées pour justifier le délai

[207] Des situations exceptionnelles peuvent survenir et justifier à cette ultime étape de l'analyse un examen plus approfondi des diverses raisons pour lesquelles le délai en cause s'est écoulé.

[208] In most cases, the elements of delay apart from delay attributable to the accused will be given equal weight, contrary to the approach in *R. v. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74, at para. 52. Specifically, institutional delay and other delay that is counted against the state are generally given equal weight. Abusive or grossly negligent Crown conduct causing delay counts more heavily against the state in determining whether the excessive delay may be justified on any acceptable basis. Such conduct not only undermines the accused's rights, but is contrary to society's interest in an effective and fair justice system.

[208] Dans la plupart des cas, contrairement à la méthode préconisée dans l'arrêt *R. c. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74, par. 52, on accorde la même importance aux divers éléments du délai, mis à part le délai dont l'accusé est responsable. Plus précisément, en règle générale, on accorde la même importance au délai institutionnel et à tout délai imputable à l'État. Toutefois, le délai attribuable à une négligence grave ou à un comportement abusif de la part du ministère public pèse plus lourd contre l'État lorsqu'il s'agit de déterminer si le délai excédentaire peut être justifié de quelque façon acceptable. Ce genre de comportement a non seulement pour effet de miner les droits de l'accusé, mais il va à l'encontre de l'intérêt qu'a la société à ce que le système de justice soit efficace et équitable.

[209] Conversely, institutional delay that is attributable to exceptional and temporary conditions in the justice system may be excused or given somewhat less weight against the state in the overall balancing and may in some cases justify excusing what would otherwise be excessive delay. This should generally be done, however, only if the state has made reasonable efforts to alleviate those conditions: *Askov*, at p. 1242.

[209] En revanche, les délais institutionnels attribuables à des circonstances exceptionnelles et temporaires dans le système de justice peuvent être excusés ou peser un peu moins lourd contre l'État au moment de la mise en balance générale et, dans certains cas, justifier ce qui constituerait autrement un délai excessif. Cela ne devrait toutefois se produire que si l'État a fait des efforts raisonnables pour minimiser la portée de ces circonstances : *Askov*, p. 1242.

(4) Are There Especially Strong Societal Interests in the Prosecution on the Merits of the Case?

(4) Y a-t-il, pour la société, un intérêt particulièrement pressant à ce que le procès soit instruit au fond?

[210] As discussed above, s. 11(*b*) encompasses "a community or societal interest" to "see that the justice system works fairly, efficiently and with reasonable dispatch": *Askov*, at pp. 1219 and 1221. This societal interest supports prompt disposition of criminal cases. However, there is also a societal interest in "ensuring that those who transgress the law are brought to trial": pp. 1219-20. Societal interests must be considered "in conjunction" with the interests of the accused in the interpretation of s. 11(*b*): p. 1222.

[210] Comme je l'ai déjà expliqué, l'al. 11*b*) vise « un droit collectif ou social » de « s'attendre à ce que le système de justice fonctionne de façon équitable, efficace et avec une célérité raisonnable » : *Askov*, p. 1219 et 1221. Cet intérêt de la société milite pour un règlement rapide des affaires criminelles. Toutefois, il est également dans l'intérêt de la société de « s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice » : p. 1219. Pour interpréter l'al. 11*b*), on doit donc tenir compte de l'intérêt de la société « en plus » des protections garanties à l'accusé : p. 1222.

[211] In McLachlin J.'s concurring opinion in *Morin*, she held that the societal interests in bringing the accused to trial should be considered in the determination of s. 11(*b*) claims: the "true issue at stake"

[211] Dans l'opinion concordante qu'elle a exprimée dans l'arrêt *Morin*, la juge McLachlin a expliqué que l'intérêt qu'a la société à ce que l'accusé soit traduit en justice doit être pris en considération

in a s. 11(*b*) analysis is the "determination of where the line should be drawn between conflicting interests", i.e. those of the accused and those of society: p. 809. Whether a delay becomes unreasonable, on the spectrum of delays apparent in criminal proceedings, must be determined by an analysis in which the interests of society in bringing those accused of crimes to trial are balanced against the rights of the person accused of a crime: pp. 809-10. To this I would add the societal interest in prompt disposition of criminal matters.

[212] I agree with this balancing approach. Under the revised framework I propose, the delay in excess of the reasonable time requirements of the case and any actual prejudice arising from the overall delay must be evaluated in light of societal interests: on one hand, fair treatment *and* prompt trial of accused persons and, on the other, determination of cases on their merits. As noted by Cory J. in *Askov*, more serious offences will carry commensurately stronger societal demands that the accused be brought to trial: p. 1226. These interests, however, are in effect factored into the determination of what would be a reasonable time for the disposition of a case like this one. But if there are exceptionally strong societal interests in the prosecution of a case against an accused which substantially outweigh the societal interest and the interest of the accused person in prompt trials, these can serve as an "acceptable basis" upon which exceeding the inherent and institutional requirements of a case can be justified.

E. *Summary of the Analytical Framework*

[213] If the accused first establishes a basis that justifies a s. 11(*b*) inquiry, the court must then undertake an objective inquiry to determine what would be the reasonable time requirements to dispose of a case similar in nature to the one before the court (the inherent time requirements) and how

lorsqu'il s'agit de trancher une requête fondée sur l'al. 11*b*). La « véritable question en litige » dans le cadre d'une analyse fondée sur cette disposition consiste à se demander « où se trouve la limite entre des intérêts opposés », en l'occurrence, ceux de l'accusé et ceux de la société : p. 809. Pour trancher la question de savoir si un délai est déraisonnable — compte tenu des divers délais qui surviennent dans le cadre des procès criminels —, il convient d'analyser l'intérêt qu'a la société à traduire l'accusé en justice et de mettre ce droit en balance avec ceux de ce dernier : p. 809-810. J'ajouterais à cela l'intérêt de la société à ce que les affaires criminelles soient jugées promptement.

[212] Je souscris à cette approche qui préconise une mise en balance. Selon le cadre révisé que je propose, le délai excédant le temps qui aurait raisonnablement été nécessaire pour juger l'affaire et le préjudice qu'a réellement subi l'accusé en raison du délai général doivent être évalués en fonction de l'intérêt qu'a la société, d'une part, à ce que les accusés soient jugés rapidement *et* équitablement et, d'autre part, à ce que les causes soient jugées au fond. Comme le juge Cory l'a fait observer dans l'arrêt *Askov*, plus un crime est grave, plus la société exige avec force que l'accusé subisse un procès : p. 1226. Le cadre d'analyse tient toutefois effectivement compte de ces intérêts pour déterminer ce qui constituerait un délai raisonnable pour juger une affaire de même nature. Cependant, si la société a un intérêt particulièrement pressant à ce que l'accusé soit traduit en justice et que cet intérêt l'emporte nettement sur celui de la société et de l'accusé à ce que le procès ait lieu rapidement, cet intérêt pressant peut être considéré comme une « raison acceptable » justifiant un délai plus long que les délais inhérent et institutionnel propres à l'affaire.

E. *Résumé du cadre analytique*

[213] Si l'accusé établit tout d'abord l'existence de raisons justifiant un examen fondé sur l'al. 11*b*), le tribunal doit ensuite entreprendre une analyse objective pour déterminer quels sont les délais raisonnablement nécessaires pour juger une affaire de nature semblable à celle dont il est saisi (le délai

long it would reasonably take the court to hear it once the parties are ready for hearing (the institutional delay).

[214] Next, the court must consider how much of the actual delay in the case counts against the state. This is done by subtracting the periods attributable to the defence, including any waived time periods, from the overall period of delay from charge to trial.

[215] Finally, the court must consider whether and to what extent the actual delay exceeds the reasonable time requirements of a case, and whether this can be "justified on any acceptable basis". If the actual delay that counts against the state is longer than the reasonable time requirements of a case, then the delay will generally be considered unreasonable. The converse is also the case. However, there may be countervailing considerations, such as the presence of actual prejudice, exceptionally strong societal interests, or exceptional circumstances such as Crown misconduct or exceptional and temporary conditions affecting the justice system. These may either shorten or lengthen the period that would otherwise be unreasonable delay.

[216] This straightforward framework does not attempt to gloss over the inherent complexity of determining what delays are unreasonable. It merely clarifies where the various relevant considerations fit into the analysis and how they relate to each other. It also simplifies the analysis of prejudice and makes clear that, as a general rule, institutional and Crown delay should be given equal weight. It retains the focus on the circumstances of the particular case and builds on the accumulated experience found in 30 years of this Court's jurisprudence.

inhérent à l'affaire) et déterminer combien de temps il faudrait raisonnablement au tribunal pour juger l'affaire à partir du moment où les parties sont prêtes pour l'instruction (le délai institutionnel).

[214] Le tribunal doit ensuite se demander quelle portion du délai est imputable à l'État. Pour ce faire, il soustrait toute période attribuable à la défense — y compris les périodes qu'elle a renoncé à invoquer — de la totalité de la période écoulée entre le dépôt des accusations et le procès.

[215] Enfin, le tribunal doit se demander si, et dans quelle mesure, le temps qu'il a réellement fallu pour instruire l'affaire excède le délai raisonnable nécessaire pour instruire une cause de même nature et si cet excédent peut être « justifié de quelque façon acceptable ». Si le délai que l'on peut reprocher à l'État est plus long que le délai raisonnablement nécessaire pour juger l'affaire, le tribunal conclura généralement à son caractère déraisonnable. L'inverse est également vrai. Toutefois, il peut exister des circonstances atténuantes, telles que le fait pour l'accusé d'avoir réellement subi un préjudice, des intérêts sociétaux exceptionnellement pressants, des circonstances extraordinaires, dont l'inconduite du ministère public, ou encore une situation exceptionnelle et temporaire ayant une incidence sur le système de justice. Ces facteurs peuvent prolonger ou abréger ce qui constituerait autrement un délai déraisonnable.

[216] Ce cadre d'analyse est simple, mais il tient compte de la complexité inhérente à la détermination des délais déraisonnables. Il vient simplement préciser le rôle que jouent les différents facteurs pertinents dans l'analyse et les liens qu'ils ont entre eux. En outre, il simplifie l'analyse du préjudice et indique clairement qu'il y a lieu, en règle générale, d'accorder la même importance au délai institutionnel et à celui qui est attribuable au ministère public. Enfin, ce cadre continue à mettre l'accent sur les circonstances propres à l'affaire et il met à profit l'expérience accumulée par 30 années de jurisprudence de la Cour.

III. Application

[217] Although, as noted, this appeal would also be allowed applying the existing *Morin* analysis, it will be useful by way of illustration to analyze it under the modified framework that I have just described.

A. *Facts*

[218] In 2008, the RCMP conducted a single, straightforward undercover investigation into a "dial-a-dope" operation involving the sale of drugs out of the Langley and Surrey areas of British Columbia. Undercover police officers purchased cocaine six times over seven months, calling a number associated with Mr. Jordan. On December 17, 2008, the police executed a search warrant, seizing 42.3 grams of heroin and just under 1.5 kilograms of cocaine and crack cocaine from the apartment that Mr. Jordan and his then-girlfriend, Ms. Kristina Gaudet, shared. On December 17, 2008, the police arrested Mr. Jordan and Ms. Gaudet. Mr. Jordan was charged with possession for the purposes of trafficking on December 18, and Ms. Gaudet was charged on February 20, 2009.

[219] From December 18, 2008 to February 16, 2009, Mr. Jordan was in custody. He was released on February 16, on strict conditions, including house arrest. During this time, the Crown swore additional and amended informations. Ultimately, 10 accused were charged. Mr. Jordan, as the main target of the investigation and prosecution, faced six charges.

[220] The accused elected to be tried in British Columbia Supreme Court. Crown and defence counsel agreed upon a preliminary hearing. For

III. Application

[217] Bien que, comme je l'ai indiqué précédemment, le présent pourvoi serait également accueilli suivant le cadre d'analyse existant énoncé dans l'arrêt *Morin* et applicable jusqu'à maintenant, il est néanmoins utile de se livrer à l'analyse modifiée que je viens de décrire pour illustrer comment elle s'applique.

A. *Les faits*

[218] En 2008, la GRC a ouvert une enquête secrète peu complexe sur une opération dite de « vente de drogues sur appel » portant sur le commerce de stupéfiants dans les régions de Langley et de Surrey, en Colombie-Britannique. Des agents d'infiltration ont acheté de la cocaïne à six reprises sur une période de sept mois en composant un numéro de téléphone associé à M. Jordan. Le 17 décembre 2008, des policiers ont exécuté un mandat de perquisition et saisi 42,3 grammes d'héroïne ainsi qu'un peu moins de 1,5 kilo de cocaïne et de crack dans l'appartement qu'occupaient alors M. Jordan et sa petite amie de l'époque, M^me^ Kristina Gaudet. Le 17 décembre 2008, les policiers ont arrêté M. Jordan et M^me^ Gaudet. Le 18 décembre, le premier a été accusé de possession de drogue en vue d'en faire le trafic. La seconde, pour sa part, a été accusée le 20 février 2009.

[219] Entre le 18 décembre 2008 et le 16 février 2009, M. Jordan est demeuré en détention. Il a été remis en liberté le 16 février sous réserve de conditions strictes, dont l'obligation de demeurer en détention à domicile. Pendant cette période, le ministère public a fait d'autres dénonciations sous serment et a apporté des modifications à certaines des dénonciations déjà au dossier. En fin de compte, 10 individus ont été accusés. M. Jordan, en tant que principale cible de l'enquête et de la poursuite, faisait face à six accusations.

[220] L'accusé a choisi de subir son procès devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le ministère public et l'avocat de la défense se sont

24 months, the preliminary hearing process was held before the Provincial Court; it took another 16 months to obtain a Supreme Court trial date for the two remaining accused.

B. *Judicial History*

(1) British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 1735

[221] Verhoeven J. of the British Columbia Supreme Court dismissed Mr. Jordan's s. 11(*b*) motion. He reached the following conclusions with respect to the total time to the end of the trial:

- Total length of delay: 49.5 months
- Inherent requirements: 10.5 months
- Crown delay: 2 months
- Institutional delay: 32.5 months
- Accused delay: 4 months

[222] Some of the delay present in this case was due to an underestimation of the time required to conduct the preliminary inquiry. While the Crown argued that the subsequent delay should be attributable to the defence, the trial judge ultimately attributed it as institutional delay, citing a lack of evidence supporting the Crown's claims.

[223] The trial judge ultimately concluded that the accused only waived four months of the delay, due to a last-minute change in counsel. He rejected the Crown's arguments that the delay before the superior court was waived. The Crown relied upon a letter it sent to defence counsel, asking whether the latter would be interested in an earlier trial date based upon a three-week (as opposed to a six-week) trial estimation. Defence counsel did not respond to this letter, and there was no evidence as to the reason

entendus sur la tenue d'une enquête préliminaire. Pendant 24 mois, le processus d'enquête préliminaire s'est déroulé devant la Cour provinciale, et il a fallu 16 mois de plus pour obtenir une date de procès devant la Cour suprême pour les deux accusés restants.

B. *Décision des juridictions d'instances inférieures*

(1) Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 1735

[221] Le juge Verhoeven de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la requête de M. Jordan fondée sur l'al. 11*b*). Il a tiré les conclusions suivantes au sujet du temps total écoulé avant la fin du procès :

- Durée totale du délai : 49,5 mois
- Délai inhérent : 10,5 mois
- Délai imputable au ministère public : 2 mois
- Délai institutionnel : 32,5 mois
- Délai imputable à l'accusé : 4 mois

[222] En l'espèce, une portion du délai a été causée par une sous-estimation du temps nécessaire pour mener l'enquête préliminaire. Le ministère public a soutenu que le délai qui en a découlé devait être imputé à la défense. Le juge du procès l'a cependant qualifié de délai institutionnel, citant le manque de preuves à l'appui des prétentions du ministère public.

[223] En fin de compte, le juge du procès a conclu que l'accusé n'avait renoncé qu'à quatre mois du délai total, une renonciation découlant du fait qu'il avait décidé à la dernière minute de changer d'avocat. Ainsi, le juge a rejeté les arguments du ministère public suivant lesquels l'accusé avait renoncé à invoquer le délai écoulé devant la cour supérieure. Au soutien de sa prétention, le ministère public a invoqué la lettre qu'il avait envoyée à l'avocat de la défense dans laquelle il demandait

behind this. The trial judge found that this did not amount to clear and unequivocal waiver.

à ce dernier s'il était intéressé à ce que la date du procès soit rapprochée après avoir estimé sa durée à trois semaines (plutôt qu'à six). L'avocat de la défense n'a pas répondu à cette lettre et aucun élément de preuve n'explique cette attitude. Pour le juge du procès, cette attitude ne pouvait être interprétée comme une renonciation claire et non équivoque.

[224] The trial judge estimated eight months of inherent time requirements before the provincial court (five months of intake requirements, two months for scheduling and preparation, and one month for the hearing and decision), and two and a half months before the superior court (two months to accommodate counsel scheduling, two weeks for the trial itself).

[224] Le juge du procès a estimé à huit mois le délai inhérent à la portion de l'instance qui s'est déroulée en cour provinciale (cinq mois pour le délai préparatoire, deux mois pour la mise au rôle et la préparation et un mois pour l'audience et la décision) et à deux mois et demi celle qui s'est déroulée en cour supérieure (deux mois pour trouver des dates convenant aux avocats et deux semaines pour le procès lui-même).

[225] The trial judge found that no time was attributable to the accused, but that the Crown was responsible for two months due to unavailability to continue the preliminary inquiry.

[225] Le juge du procès a conclu qu'aucun délai ne pouvait être reproché à l'accusé, mais que le ministère public était responsable d'une période de deux mois parce qu'il n'avait pas été disponible pour continuer l'enquête préliminaire.

[226] The trial judge concluded that there was 19 months of institutional delay before the provincial court, noting the evidence supporting the shortage of institutional resources in those courts in British Columbia. He further concluded that there was 13.5 months of institutional delay before the superior court.

[226] Le juge du procès a conclu en outre qu'il fallait compter 19 mois de délai d'ordre institutionnel en cour provinciale, faisant observer que, selon la preuve, les juridictions en cause de la Colombie-Britannique souffraient d'un manque de ressources institutionnelles. Il a également conclu à un délai institutionnel de 13 mois et demi pour la portion de l'instance qui s'est déroulée devant la cour supérieure.

[227] The trial judge then considered both actual prejudice and inferred prejudice. He concluded that the accused was not greatly prejudiced with respect to any of his liberty or fair trial interests but that he did suffer some prejudice to his security interests in the form of stress and worry. However, he held that the prior charges against Mr. Jordan "substantially reduc[e] the degree of prejudice" that would otherwise be assigned to Mr. Jordan's security interests: para. 124 (CanLII).

[227] Le juge du procès s'est ensuite penché sur la question du préjudice, tant celui réellement subi que celui présumé du fait du délai. Il a conclu que le délai n'avait pas vraiment porté atteinte aux droits à la liberté ou à un procès équitable de l'accusé, mais que son droit à la sécurité de sa personne avait été enfreint en raison du stress et de l'inquiétude qu'il avait vécus. Le juge a toutefois estimé que les accusations portées antérieurement contre M. Jordan [TRADUCTION] « [avaient] atténu[é] considérablement l'ampleur de l'atteinte » que l'on aurait autrement jugé avoir été portée au droit de M. Jordan à la sécurité de sa personne : par. 124 (CanLII).

[228] The trial judge concluded that the delay present in Mr. Jordan's case "substantially exceeded" the guidelines: para. 138. However, the delay was not unreasonable given the seriousness of the offences charged, the lack of substantial prejudice against the accused, and the reduced weight attributed to institutional delay.

(2) British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137

[229] The British Columbia Court of Appeal dismissed Mr. Jordan's appeal.

[230] Justice Stromberg-Stein agreed with the facts laid out by the trial judge. She also confirmed that the "application judge identified and applied the correct legal authorities and principles": para. 13.

[231] On the first ground of appeal, Mr. Jordan argued that the judge should have used the full 34.5 months of delay in his s. 11(*b*) analysis, instead of the 17 months outside of the *Morin* guidelines. However, the court concluded that the application judge correctly assessed the delay period.

[232] Next, Mr. Jordan argued that the trial judge erred in attaching less weight to institutional delay. Justice Stromberg-Stein found that the judge's assessment of 34.5 months as institutional delay was not based on a proper evidentiary record. However, this assessment was favourable to Mr. Jordan, and she declined to interfere with Verhoeven J.'s weighing of the institutional delay in comparison to other factors.

[233] Finally, Mr. Jordan claimed that the trial judge erred in his assessment of prejudice: by using the wrong quantum of delay and by failing to make a meaningful finding of inferred prejudice. The application judge found that Mr. Jordan experienced "some degree" of prejudice, but not a "substantial" degree of prejudice: C.A. reasons, at para. 46. This finding of fact is reviewable on a standard of

[228] Selon le juge du procès, dans le cas de M. Jordan, le délai [TRADUCTION] « était de loin supérieur » à celui prévu par les lignes directrices : par. 138. Toutefois, il n'était pas déraisonnable compte tenu de la gravité des infractions reprochées, du fait que l'accusé n'avait pas subi de grave préjudice et de l'importance atténuée accordée au délai institutionnel.

(2) Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137

[229] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a débouté M. Jordan de son appel.

[230] La juge Stromberg-Stein a accepté les faits relatés par le juge du procès. Elle a également confirmé que [TRADUCTION] « [ce dernier] a défini et appliqué les bons précédents et les bons principes juridiques » : par. 13.

[231] Comme premier moyen d'appel, M. Jordan a soutenu que le juge du procès aurait dû appliquer en totalité les 34,5 mois de délai écoulé dans son analyse fondée sur l'al. 11*b*), plutôt que les 17 mois excédant les lignes directrices de l'arrêt *Morin*. La Cour d'appel a cependant conclu que le juge du procès avait bien évalué la durée du délai.

[232] M. Jordan a ensuite soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en accordant moins d'importance au délai institutionnel. La juge Stromberg-Stein a conclu que la décision du juge du procès de qualifier 34,5 mois de délai institutionnel n'était pas fondée sur une preuve adéquate. Toutefois, comme cette évaluation était favorable à M. Jordan, la juge Stromberg-Stein a refusé de modifier la mise en balance qu'a faite le juge Verhoeven du délai institutionnel et des autres facteurs.

[233] Enfin, M. Jordan a affirmé que le juge du procès avait commis une erreur dans son évaluation du préjudice en retenant une durée de délai erronée et en ne tirant pas de véritable conclusion au sujet du préjudice présumé. Pour le juge du procès, M. Jordan avait subi [TRADUCTION] « un certain » préjudice, mais pas un préjudice « important » : C.A., par. 46. Cette conclusion de fait est

palpable and overriding error. The Court of Appeal found that the trial judge's assessment did not rise to this degree. The court affirmed the trial judge's findings regarding actual prejudice, and held that the judge was "alive to the possibility of inferring prejudice" and did, in fact, infer some degree of prejudice from the delay: para. 51.

C. *Analysis*

[234] Applying the analytical framework from *Morin* as elaborated and clarified above, I conclude that Mr. Jordan's appeal should be allowed and the charges against him stayed because his constitutional right to be tried within a reasonable time was violated in this case. I will briefly consider the four steps in the analytic framework.

(1) Is an Unreasonable Delay Inquiry Justified?

[235] I agree with the trial judge that the 49.5-month delay from the charges to the end of the scheduled trial date is sufficient to trigger an inquiry into whether the delay is unreasonable.

(2) What Is a Reasonable Time for the Disposition of a Case Like This One?

(a) *Inherent Time Requirements*

[236] The trial judge identified the periods of inherent delay present in the case as being 10.5 months. While the trial judge did not approach this on a purely objective basis, I nonetheless find no reason to interfere with this assessment as representing the reasonable inherent time requirements of a case of this nature, even treating this case as involving an in-custody accused or an accused subject to very restrictive bail conditions.

assujettie à la norme de contrôle de l'erreur manifeste et dominante. Or, la Cour d'appel a estimé que l'évaluation du juge du procès n'avait pas atteint ce seuil. Elle a confirmé les conclusions tirées par ce dernier au sujet du préjudice réellement subi et conclu que celui-ci s'était montré « ouvert à la possibilité de conclure à l'existence d'un préjudice présumé » et qu'il avait, de fait, jugé que le délai avait causé un certain préjudice : par. 51.

C. *Analyse*

[234] Appliquant le cadre analytique qui a été énoncé dans l'arrêt *Morin* en tenant compte des explications et clarifications qui précèdent, je conclus qu'il y a lieu de faire droit au pourvoi de M. Jordan et de suspendre les accusations portées contre lui, puisque son droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé. Je vais maintenant examiner brièvement chacun des quatre volets que comporte le cadre d'analyse.

(1) L'analyse du délai déraisonnable est-elle justifiée?

[235] Je suis d'accord avec le juge du procès pour affirmer que le délai de 49 mois et demi écoulé entre le dépôt des accusations et la date prévue de la fin du procès suffit pour justifier l'examen du caractère raisonnable ou non du délai.

(2) Quel serait le délai raisonnable pour juger une affaire comme celle dont le tribunal est saisi?

a) *Délai inhérent à l'affaire*

[236] Le juge du procès a fixé à 10 mois et demi le délai inhérent à la présente affaire. Bien qu'il n'ait pas abordé cet aspect du dossier sous un angle purement objectif, je conclus néanmoins que rien ne justifie de modifier cette évaluation, qui est à l'image du délai inhérent raisonnable dans une affaire de la nature de la présente cause, même si l'accusé visé a été détenu ou a fait l'objet de conditions de remise en liberté sous caution très rigoureuses.

(b) *Institutional Delay*

[237] This case proceeded through the Provincial Court and the Supreme Court of British Columbia. Under the *Morin* administrative guidelines, the reasonable institutional delays for both levels of court total between 14 and 18 months. Although it is debatable whether accepting the upper end of the range is appropriate in a case of this nature, for the purposes of my analysis I will proceed on the basis that 18 months of institutional delay would be reasonable.

[238] It follows that a reasonable period for the disposition of this case was 28.5 months.

(3) How Much of the Delay That Actually Occurred Counts Against the State?

[239] We know that this case took 49.5 months in total. To determine the amount of delay that counts against the state we must subtract any period attributable to the defence and any period of unusual or unforeseen delay not fairly counted against the Crown.

(a) *Delay Attributable to the Defence*

[240] The Crown's main argument is that the trial judge erred in categorizing so much of the delay as institutional. The Crown makes multiple submissions regarding the categorization of delay between the charge to the arraignment hearing, from the arraignment hearing to the preliminary inquiry, of the adjournments of the preliminary inquiry, and in setting the six-week trial. For many of these submissions, the Crown argues that various periods should be considered "waiver" or conduct otherwise attributable to the defence.

b) *Délai institutionnel*

[237] La présente affaire a été instruite par la Cour provinciale et par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Selon les lignes directrices administratives énoncées dans l'arrêt *Morin*, les délais institutionnels raisonnables dans les cas où la cause est entendue par ces deux niveaux de juridiction totalisent entre 14 et 18 mois. Bien qu'on puisse débattre de l'opportunité, dans un cas comme celui-ci, d'accepter un chiffre se situant à l'extrémité supérieure de la fourchette, pour les besoins de mon analyse, je vais tenir pour acquis qu'un délai institutionnel de 18 mois serait raisonnable.

[238] Compte tenu de ce qui précède, le délai raisonnable pour trancher la présente affaire aurait donc été de 28 mois et demi.

(3) Quelle portion du délai effectivement écoulé peut-on imputer à l'État?

[239] Nous savons que, dans la présente affaire, le procès a duré en tout 49 mois et demi. Pour déterminer la portion de ce délai que l'on peut imputer à l'État, il faut soustraire de ce total toute période qui peut être attribuée à la défense et toutes celles inusitées ou imprévues que l'on ne saurait reprocher au ministère public.

a) *Délai imputable à la défense*

[240] Selon le principal argument du ministère public, le juge du procès a commis une erreur en qualifiant d'institutionnelle une trop grande portion du délai. Le ministère public a formulé de nombreux arguments au sujet de la caractérisation du délai écoulé entre le dépôt des accusations et l'audience relative à l'interpellation, de celui survenu entre cette dernière et l'enquête préliminaire, ainsi qu'au sujet des ajournements de l'enquête préliminaire et de la mise au rôle d'un procès de six semaines. Se fondant sur ces arguments, le ministère public soutient que diverses périodes devraient être considérées comme une « renonciation » ou comme un délai imputable à la défense.

[241] As stated above, for any period to be considered waived by the defence, the defence must have so indicated in clear and unequivocal terms. The trial judge noted that Mr. Jordan agreed that four months of the delay was "waived" because it resulted from his last-minute change in counsel. However, I see no reason to attribute any other period as being "waived" by Mr. Jordan. Moreover, I see no reason to classify any other period as being fairly attributable to Mr. Jordan.

(b) *Exceptional or Unavoidable Delay*

[242] No such delay is present here.

(4) Was the Delay That Counts Against the State Unreasonable?

[243] As discussed earlier, the reasonable time requirements for a case of this nature were 28.5 months. The case in fact took 49.5 months. The difference is 21 months. Of that, 4 months are attributable to the defence. The rest — a period of 17 months — counts against the state. In other words, this case took almost a year and a half longer than what would be a reasonable period to prosecute a case of this nature.

[244] This is not a close case. The time to the end of trial greatly exceeds what would be a reasonable time to prosecute a case of this nature. While there are societal interests in the trial on the merits of the serious drug crimes alleged against Mr. Jordan, these cannot make reasonable the grossly excessive time that it took society to bring him to trial.

D. *Other Issues Raised*

[245] The parties raised a number of other issues, explicitly or implicitly, to which I will briefly respond.

[241] Je le répète, pour que le tribunal conclue à la renonciation par la défense à invoquer un délai, cette dernière doit avoir affirmé de façon claire et non équivoque que telle était son intention. Le juge du procès a noté que M. Jordan a admis avoir « renoncé » à un délai de quatre mois parce que ce dernier était la conséquence de sa décision de dernière minute de changer d'avocat. Cela dit, je ne vois aucune raison pour conclure que M. Jordan a « renoncé » à quelque autre délai que ce soit. Qui plus est, je ne vois aucune raison pour attribuer légitimement quelque autre délai à M. Jordan.

b) *Délai exceptionnel ou inévitable*

[242] Il n'y a eu aucun délai exceptionnel ou inévitable dans le cas qui nous occupe.

(4) Le délai attribuable à l'État était-il déraisonnable?

[243] Comme nous l'avons déjà vu, c'est un délai de 28 mois et demi qui aurait été raisonnable pour juger une affaire de la nature de celle dont nous sommes saisis. Or, c'est en réalité 49 mois et demi qu'il a fallu pour le faire. Cela correspond à un écart de 21 mois. De cette période, 4 mois sont attribuables à la défense. Le reste — soit une période de 17 mois — est imputable à l'État. Autrement dit, la présente affaire a duré presque un an et demi de plus que ce qui aurait été raisonnable pour instruire le procès dans une cause de même nature.

[244] Il ne s'agit pas d'un cas limite. En effet, le délai qu'il a fallu pour traduire l'accusé en justice a été de loin supérieur à celui qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger une affaire de cette nature. Bien qu'il soit dans l'intérêt de la société qu'il y ait un procès au fond pour les crimes graves relatifs aux stupéfiants reprochés à M. Jordan, cet intérêt ne saurait rendre raisonnable le délai manifestement excessif qu'il a fallu à la société pour le juger.

D. *Autres questions soulevées*

[245] Les parties ont soulevé explicitement ou implicitement plusieurs autres questions auxquelles je vais brièvement répondre.

(1) Should some delay where the courts are unavailable be classified as inherent requirements if defence counsel is also unavailable?

[246] The inherent requirements of a case are determined objectively and when this is done as described earlier in my reasons, there is no overlap between the inherent requirements and institutional delay.

(2) Should institutional delay be accorded "less weight" in determining the overall reasonableness of the delay?

[247] Under the revised framework, institutional delay is not given less weight than other delay that counts against the state.

(3) Does the accused's consent to an adjournment or later trial date constitute "waiver"?

[248] The onus is on the Crown to demonstrate that, when an accused agrees to an adjournment initiated by the Crown or to a trial date, it amounts to "waiver" and not "mere acquiescence in the inevitable".

(4) Should inherent requirements be subtracted from the final quantum of delay when assessing the overall reasonableness of the delay?

[249] Inherent requirements are not "subtracted" but are rather considered along with institutional delay in deciding what period of delay would be reasonable for a case of this nature.

(5) Can the constitutionally tolerable length of institutional delay be extended if the accused did not suffer "substantial" or "significant" prejudice?

(1) Devrait-on qualifier un délai d'inhérent lorsque le tribunal n'est pas disponible, si l'avocat de la défense n'est pas non plus disponible?

[246] Le délai inhérent à l'affaire est déterminé de façon objective et lorsque cette évaluation est effectuée conformément à la méthode que j'ai exposée dans les présents motifs, il n'y a pas de chevauchement entre le délai inhérent et le délai institutionnel.

(2) Devrait-on accorder « moins d'importance » au délai institutionnel pour évaluer le caractère raisonnable du délai en général?

[247] Selon le cadre d'analyse révisé que j'ai décrit précédemment, le délai institutionnel ne se voit pas accorder moins d'importance que les autres délais imputables à l'État.

(3) Le consentement de l'accusé à un ajournement ou au report de la date du procès emporte-t-il « renonciation »?

[248] Il incombe au ministère public de démontrer que, lorsque l'accusé consent à un ajournement proposé par le ministère public ou à une date de procès, cet acquiescement emporte « renonciation » et qu'il ne s'agit pas d'une « simple reconnaissance de l'inévitable ».

(4) Devrait-on soustraire le délai inhérent du délai final pour évaluer le caractère raisonnable du délai en général?

[249] Le tribunal ne « soustrait » pas le délai inhérent, mais il en tient compte, de même que du délai institutionnel, pour décider de la longueur du délai raisonnable dans une affaire de la nature de celle dont il est saisi.

(5) La durée du délai institutionnel jugée acceptable du point de vue constitutionnel peut-elle être prolongée si l'accusé n'a pas subi de préjudice « grave » ou « important »?

[250] As explained earlier, the answer is no: proof of actual prejudice is not required to find unreasonable delay.

(6) Did the trial judge err in finding that the accused only suffered "some" and not "substantial" prejudice?

[251] I see no reason to interfere with the trial judge's reasons to this effect.

(7) Did the trial judge err when categorizing the delays in this case, specifically in attributing so much of the delay to Crown and institutional delay?

[252] I see no reason to interfere with the trial judge's classification of delay in this case.

E. *Conclusion*

[253] I would allow the appeal and would stay the charges against Mr. Jordan.

IV. The Approach of Justices Moldaver, Karakatsanis and Brown

[254] It will by now be obvious that I fundamentally disagree with the approach proposed by my colleagues. It is, in my respectful view, both unwarranted and unwise. The proposed approach reduces reasonableness to two numerical ceilings. But doing so uncouples the right to be tried within a reasonable time from the Constitution's text and purpose in a way that is difficult to square with our jurisprudence, exceeds the proper role of the Court by creating time periods which appear to have no basis or rationale in the evidence before the Court, and risks negative consequences for the administration of justice. Based on the limited evidence in the record, the presumptive time periods proposed by my colleagues are unlikely to improve the pace at which the vast majority of cases move through the

[250] Comme je l'ai expliqué précédemment, il faut répondre par la négative à cette question. Il n'est pas nécessaire de prouver que l'accusé a réellement subi un préjudice pour que le tribunal juge le délai déraisonnable.

(6) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que l'accusé n'avait subi qu'un « certain » préjudice et non pas un préjudice « important »?

[251] Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions du juge du procès sur ce point.

(7) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en qualifiant les délais dans le cas qui nous occupe, notamment en qualifiant une portion aussi importante de la période en cause de délai attribuable au ministère public et de délai institutionnel?

[252] Je ne vois aucune raison de modifier la façon dont le juge du procès a qualifié les délais en l'espèce.

E. *Dispositif*

[253] J'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais l'arrêt des procédures intentées contre M. Jordan.

IV. L'approche préconisée par les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown

[254] Je crois qu'il est d'ores et déjà évident que je suis fondamentalement en désaccord avec l'approche préconisée par mes collègues. À mon avis, cette approche est à la fois injustifiée et imprudente. Elle ramène la question du caractère raisonnable à deux plafonds numériques. Mais, ce faisant, elle dissocie le droit d'être jugé dans un délai raisonnable du texte et de l'objet de la Constitution d'une façon qui est difficile à concilier avec notre jurisprudence; elle outrepasse le rôle dévolu à la Cour en créant des plafonds qui semblent n'avoir aucune logique ni raison d'être compte tenu de la preuve soumise à la Cour; et elle risque d'entraîner des conséquences néfastes pour l'administration de la justice. Selon la preuve limitée qui a été versée au dossier, il est improbable que les délais

system while risking judicial stays for potentially thousands of cases. Moreover, the increased simplicity which is said to flow from this approach is likely illusory. The complexity inherent in determining unreasonable delay has been moved into deciding whether to "rebut" the presumption that a delay is unreasonable if it exceeds the ceiling in particular cases: para. 47.

A. *Reasonableness Cannot Be Captured by a Number*

[255] One of the themes that appears throughout the Court's jurisprudence on the right to be tried within a reasonable time is that reasonableness cannot be judicially defined with precision or captured by a number. The proposed ceilings are deeply inconsistent with this constant in our jurisprudence.

[256] In *Mills*, where this Court first considered the scope of s. 11(*b*), Lamer J. wrote that a "reasonable" time to trial cannot be determined with reference to specific numbers:

> Reasonableness is an elusive concept which cannot be juridically defined with precision and certainty. Under s. 11(*b*), however, as we are dealing with reasonableness as regards the passage of time, we have the advantage of being able to refer to precise stages of proceedings and events.
>
> This is not to say that reasonableness can be predetermined with precision. That would be "falling victim to the tyranny of numbers". But the advantage to be found when dealing with time is that reasonableness can be determined with the help of the precision surrounding the happening of certain events, e.g. arraignment, the preliminary inquiry, the trial, and the time elapsed between. [p. 923]

présumés proposés par mes collègues accélèrent le traitement de l'immense majorité des affaires judiciaires. Ils risquent plutôt d'entraîner un arrêt des procédures dans des milliers de causes. De plus, la simplicité accrue qui découlerait soi-disant de cette méthode est vraisemblablement illusoire. En effet, en appliquant l'approche que préconisent mes collègues, la complexité inhérente à la détermination du délai déraisonnable ne fait que se métamorphoser en une décision sur l'opportunité de « réfuter », dans des cas particuliers, la présomption selon laquelle un délai est déraisonnable s'il excède le plafond : par. 47.

A. *Le caractère raisonnable est un concept qu'on ne peut ramener à une valeur numérique*

[255] Selon un des thèmes récurrents de la jurisprudence de la Cour sur le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, le caractère raisonnable est un concept qui ne peut être défini avec précision par les tribunaux et qu'on ne peut ramener à une valeur numérique. Or, les plafonds proposés contredisent carrément la jurisprudence constante de la Cour sur ce point.

[256] Dans l'arrêt *Mills*, où la Cour s'est penchée pour la première fois sur la portée de l'al. 11*b*), le juge Lamer a affirmé que le délai « raisonnable » avant le procès ne pouvait être défini par une valeur numérique :

> La notion de ce qui est raisonnable est difficile à cerner et à définir juridiquement avec précision et certitude. À l'alinéa 11*b*) cependant, comme nous envisageons le caractère raisonnable du délai écoulé, nous avons l'avantage de pouvoir nous référer à des étapes précises des procédures et des événements.
>
> Ceci ne veut pas dire que ce qui est raisonnable peut être fixé à l'avance avec précision. Ce serait « être victime de la tyrannie des chiffres ». Mais l'avantage existant lorsqu'on a affaire au délai est que le caractère raisonnable est déterminable grâce à la précision qui entoure la survenance de certains événements, par exemple, l'interpellation, l'enquête préliminaire, le procès et l'intervalle de temps les séparant. [p. 923]

[257] In *Conway*, L'Heureux-Dubé J. wrote for the majority that the "protection afforded by s. 11(*b*) of the *Charter* is not expressed in absolute terms" and that "the right to a speedy trial 'is necessarily relative. It is consistent with delays and depends upon circumstances'": p. 1672, quoting *Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905), at p. 87.

[258] In *Smith*, Sopinka J. for the Court elaborated on this point:

> The question is, at what point does the delay become unreasonable? If this were simply a function of time, the matter could be easily resolved. Indeed a sliding scale of times could be developed with respect to specified offences which could be adjusted because of the special circumstances of the case. But it is not simply a function of time, but of time and several other factors. What those basic factors are is not the subject of disagreement. [p. 1131]

[259] In *Askov* and *Morin*, this Court again reiterated the importance of the balancing test in determining reasonable delay. In fact, in *Morin*, this Court specifically declined to create an administrative guideline for the "inherent" or "intake" time requirements of a case, noting the "significant variation between some categories of offences": p. 792. Sopinka J. wrote that as "the number and complexity of [intake requirements of a case] increase, so does the amount of delay that is reasonable": *ibid.*

[260] Thus, the Court has said on several occasions that reasonable inherent time requirements for cases do not lend themselves to the creation of administrative guidelines.

[261] Moreover, a judicially fixed ceiling for overall case disposition is at odds with jurisprudence arising from every other jurisdiction with a speedy trial guarantee of which I am aware. In *Trial Within a Reasonable Time* (1992), Michael A. Code wrote that "[i]t is generally foreign to the U.S. speedy trial jurisprudence to establish numerical standards of

[257] Dans l'arrêt *Conway*, la juge L'Heureux-Dubé écrivait pour les juges majoritaires que « [l]a protection offerte par l'al. 11*b*) de la *Charte* n'est pas exprimée en termes absolus » et que « le droit d'être jugé promptement [. . .] [TRADUCTION] "est nécessairement relatif. Il admet des retards et sa nature dépend des circonstances" » : p. 1672, citant *Beavers c. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905), p. 87.

[258] Dans l'arrêt *Smith*, le juge Sopinka est allé plus loin en donnant les précisions suivantes, au nom de la Cour :

> La question est de savoir à quel point le délai devient déraisonnable. S'il s'agissait simplement d'une question de temps, la question pourrait être facilement tranchée. En fait, on pourrait mettre au point une mesure de temps relative à certaines infractions qui pourrait être ajustée en fonction des circonstances spéciales de l'affaire. Toutefois, il s'agit non pas d'une simple question de temps, mais d'une question de temps et de plusieurs autres facteurs. Il n'y a pas de désaccord au sujet de la nature de ces facteurs fondamentaux. [p. 1131]

[259] Dans les arrêts *Askov* et *Morin*, la Cour a rappelé l'importance de l'exercice de mise en balance pour fixer un délai raisonnable. De fait, dans l'arrêt *Morin*, elle a expressément refusé d'établir des lignes directrices administratives en ce qui a trait à la durée des délais « inhérent » ou « préparatoire », faisant observer qu'il pouvait y avoir « une différence importante entre certaines catégories d'infractions » : p. 792-793. Le juge Sopinka a précisé que « [s]i le nombre et la complexité [des mesures préparatoires] augmentent, la longueur du délai raisonnable augmente également » : p. 792.

[260] La Cour a donc affirmé à plusieurs reprises que le concept de délai inhérent raisonnable pour juger une affaire se prête mal à l'élaboration de lignes directrices administratives.

[261] En outre, le fait d'établir par voie judiciaire un plafond fixe pour l'ensemble des causes contredit la jurisprudence de tous les autres pays où, à ma connaissance, il existe une garantie de procès rapides. Dans son ouvrage *Trial Within a Reasonable Time* (1992), Michael A. Code écrit que [TRADUCTION] « l'idée de fixer des normes numériques de

any kind": p. 119. The presence of time limitations, whether judicial or statutory, are virtually unheard of in European jurisdictions. In *Can excessive length of proceedings be remedied?* (2007), the Venice Commission polled a number of jurisdictions ranging from Albania to the former Yugoslav Republic of Macedonia, all of which replied in the negative to the questions as to whether there was a deadline or fixed time frame in which the competent authorities need rule on a criminal matter: Section II (pp. 65-322). Statutory timelines are, of course, an entirely different matter and I will have more to say about them in a moment.

[262] There is no parallel between the administrative guidelines for institutional delay adopted in *Askov* and *Morin* and the ceilings for overall delay proposed in my colleagues' reasons. As I have explained, institutional delay is concerned with how long one should have to wait for the court to be ready to hear the case. This is not a question that depends to any significant extent on the particular circumstances of the case. It is mainly a question of resources. It is quintessentially a judicial function under the Constitution to set some clear limits on the point at which the state's plea of inadequate resources must give way to the constitutionally guaranteed right to be tried within a reasonable time. The administrative guidelines in *Askov* and *Morin* serve the reasonableness analysis by defining when state-provided court services should reasonably be available. Unlike the proposed ceilings, the administrative guidelines do not attempt to define what would be a reasonable time for trying all cases in all circumstances. Moreover, the administrative guidelines were intended to be generous and established "neither a limitation period nor a fixed ceiling on delay": *Morin*, at pp. 795-96.

quelque ordre que ce soit est, de façon générale, étrangère à la jurisprudence américaine sur l'obligation d'instruire les procès rapidement » : p. 119. Les délais de prescription, qu'ils soient d'origine judiciaire ou législative, sont aussi pratiquement inconnus en Europe. Dans son rapport intitulé *Can excessive length of proceedings be remedied?* (2007), la Commission de Venise a mené un sondage auprès de plusieurs pays, allant de l'Albanie à l'ancienne République yougoslave de Macédoine. Ceux-ci ont tous répondu par la négative à la question de savoir si leurs autorités compétentes étaient soumises à un délai à ne pas dépasser ou à une échéance fixe pour juger une affaire criminelle : section II (p. 65-322). Bien entendu, les délais prévus par la loi sont dans une catégorie à part, et j'y reviendrai un peu plus loin.

[262] Il n'y a aucun parallèle entre les lignes directrices administratives en matière de délais institutionnels qui ont été adoptées dans les arrêts *Askov* et *Morin* et les plafonds que proposent mes collègues dans leurs motifs en ce qui concerne le délai total nécessaire pour juger une affaire. Comme je l'ai déjà expliqué, le délai institutionnel concerne le temps que l'on devrait avoir à attendre avant que le tribunal ne soit prêt à instruire l'affaire. Cette question n'a pour ainsi dire rien à voir avec les circonstances particulières de l'affaire. Il s'agit surtout d'une question de ressources et il revient essentiellement aux tribunaux, en vertu de la Constitution, de préciser clairement dans quelles circonstances le manque de ressources invoqué par l'État doit céder devant le droit garanti par la *Charte* d'être jugé dans un délai raisonnable. Les lignes directrices administratives énoncées dans les arrêts *Askov* et *Morin* sont utiles à l'analyse du caractère raisonnable puisqu'elles précisent dans quelle mesure les services judiciaires offerts par l'État devraient raisonnablement être accessibles. Contrairement aux plafonds proposés, les lignes directrices administratives ne tentent pas de définir ce qui constituerait un délai d'instruction raisonnable qui s'appliquerait à toutes les affaires dans toutes les situations. En outre, elles ont été conçues pour être généreuses et pour ne prévoir « ni une période de prescription, ni une durée maximale » : *Morin*, p. 796.

[263] The proposed judicially created "ceilings" largely uncouple the right to be tried within a reasonable time from the concept of reasonableness which is the core of the right. The bedrock constitutional requirement of reasonableness in each particular case is replaced with a fixed ceiling and is thus converted into a requirement to comply with a judicially legislated metric. This is inconsistent with the purpose of the right, which after all, is to guarantee trial within a reasonable time. Reducing "reasonableness" to a judicially created ceiling, which applies regardless of context, does not achieve this purpose.

[264] Moreover, this approach unjustifiably diminishes the right to be tried within a reasonable time. As I see it, a case is not tried within a reasonable time if it has taken "markedly longer than it reasonably should have" (para. 48) to be tried. Other than in very unusual circumstances, that is what an accused has to show to establish a breach of s. 11(*b*) of the *Charter*. But that is not enough under the proposed framework. When the elapsed time is below the ceiling, an accused would have to show not only that the case took "markedly longer" than it reasonably should have but also that he or she "took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings": para. 48. This requirement has no bearing on whether the time to trial was unreasonable. It is, in effect, a judicially created diminishment of a constitutional right, and one for which there is no justification. I see no basis in the constitutional text or the jurisprudence for imposing this burden on an accused person.

[265] My colleagues' "qualitative review of nearly every reported s. 11(*b*) appellate decision from the past 10 years, and many decisions from trial courts" (para. 106) suggests that my concerns on this score are not theoretical. That examination shows that our superior courts found unreasonable delay in 20 percent of the cases where the delay was at or under the 30-month ceiling. The percentage is about the

[263] Les « plafonds » que l'on propose de créer par voie judiciaire dissocient en grande partie le droit d'être jugé dans un délai raisonnable du concept de caractère raisonnable qui est au cœur de ce droit. L'exigence constitutionnelle fondamentale du caractère raisonnable dans chaque cas donné est remplacée par des plafonds fixes, et est ainsi transformée en une obligation de se conformer à une valeur numérique dictée par le droit prétorien. Cette approche contredit par ailleurs la raison d'être de ce droit, qui vise après tout à garantir la tenue d'un procès dans un délai raisonnable. Réduire la notion de « caractère raisonnable » à un plafond créé au moyen d'une règle de droit prétorienne qui s'applique sans tenir compte du contexte ne réalise pas cet objectif.

[264] Cette approche restreint en outre de manière injustifiable le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. À mon sens, un accusé n'a pas été jugé dans un tel délai si le procès a été « nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être » : par. 48. Sauf dans des circonstances fort inusitées, c'est pourtant ce que l'accusé devra démontrer pour établir qu'il y a eu violation de l'al. 11*b*) de la *Charte*. Le cadre d'analyse proposé exige cependant encore davantage. Lorsque le temps écoulé sera inférieur au plafond fixé, l'accusé sera tenu de démontrer non seulement que l'affaire a duré « nettement plus long[temps] » que ce qu'elle aurait raisonnablement dû prendre, mais également qu'il « a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance » : par. 48. Cette exigence n'a aucune incidence sur la question de savoir si le délai écoulé avant l'instruction a été déraisonnable. Il s'agit en fait d'une restriction injustifiée apportée par les tribunaux à un droit constitutionnel. Je ne vois, ni dans le texte constitutionnel ni dans la jurisprudence, rien qui justifie de faire porter un tel fardeau à l'accusé.

[265] L'analyse qualitative qu'ont menée mes collègues de « pratiquement tous les arrêts publiés portant sur l'al. 11*b*) rendus en appel au cours des 10 dernières années de même que de nombreux jugements de première instance » (par. 106) donne à penser que mes préoccupations à ce chapitre ne sont pas théoriques. En effet, il ressort de cet examen que nos cours supérieures ont jugé le délai

same for the provincial court cases at or under the ceiling. But under the proposed framework, none of these cases could be stayed absent proof by the accused that they had attempted to actively expedite the process. Imposing this burden is contrary to the Court's holding in *Askov* that "it is the responsibility of the Crown to bring the accused to trial" and that "any inquiry into the conduct of the accused should in no way absolve the Crown from its responsibility to bring the accused to trial": p. 1227.

déraisonnable dans 20 p. 100 des cas où il était de 30 mois ou moins. Le pourcentage est à peu près le même pour les causes portées devant une cour provinciale où le délai était inférieur au plafond ou l'avait atteint. Or, selon le cadre proposé, aucun de ces procès ne pourrait faire l'objet d'un arrêt des procédures à moins que les accusés ne démontrent qu'ils ont pris des mesures pour accélérer l'instance. Imposer ce fardeau est contraire à la conclusion de la Cour dans *Askov* selon laquelle, d'une part, « il incombe au ministère public de faire subir à un accusé son procès » et, d'autre part, « l'examen des actes de l'accusé ne doit en rien soustraire le ministère public à sa responsabilité de soumettre [celui-ci] à son procès » : p. 1227.

[266] The proposed approach in effect substitutes a right to be "tried under the ceiling" for a right to be tried within a reasonable time. In doing so, it unjustifiably diminishes the right guaranteed by the *Charter* and sets aside a central teaching of our s. 11(*b*) jurisprudence — that reasonableness cannot be captured by a number.

[266] L'approche proposée a pour effet de remplacer le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par celui d'être « jugé conformément au plafond fixé ». Elle a ainsi pour effet de restreindre de manière injustifiable un droit garanti par la *Charte* et de faire abstraction d'un enseignement central de la jurisprudence de la Cour relative à l'al. 11*b*) — soit que le caractère raisonnable est un concept que l'on ne peut ramener à une valeur numérique.

B. *Creating Presumptive Ceilings for Reasonableness Is a Legislative, Not a Judicial Task*

B. *Établir des plafonds qui créent une présomption en matière de caractère raisonnable est une tâche qui revient au législateur et non aux tribunaux*

[267] Creating fixed or presumptive ceilings is a task better left to legislatures. If such ceilings are to be created, Parliament should do so. As Lamer J. stated in *Mills*: "There is no magic moment beyond which a violation will be deemed to have occurred, and this Court should refrain from legislating same" (p. 942; see also *Conway*, at p. 1697 (concurring)).

[267] La décision de créer des plafonds fixes ou présumés est une tâche qu'il vaut mieux laisser au législateur, et si de tels plafonds doivent être créés, c'est au législateur de s'en charger. Comme le juge Lamer l'a déclaré l'arrêt *Mills* : « Il n'y a pas de moment magique après lequel une violation sera censée avoir lieu et cette Cour devrait éviter d'en adopter un » (p. 942; voir également *Conway*, p. 1697 (opinion concordante)).

[268] Prof. P. W. Hogg's *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.) notes that a number of commentators have advocated that Parliament enact fixed time limits for trials: s. 52.5. The Law Reform Commission in *Trial Within a Reasonable Time: A Working Paper Prepared for the Law Reform Commission of Canada* (1994) ("*Working Paper*") pointed to a

[268] Dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), le professeur P. W. Hogg signale qu'un certain nombre de commentateurs ont préconisé l'adoption par le législateur de délais fixes en ce qui a trait aux procès : par. 52.5. Qui plus est, dans son rapport intitulé *La tenue du procès dans un délai raisonnable : un document de*

number of considerations that weigh in favour of legislative standards, instead of judicially imposed ceilings: pp. 5-6.

[269] First, courts do not, and should not, function as legislatures. As the *Working Paper* put it:

The courts have been given a greatly expanded role with the *Charter*, but their essential function has not changed. They do not function as legislating bodies; their principal task is adjudicating conflicts brought before them. Rather, it is the role of Parliament to advance and enhance constitutional rights through legislative standards which the *Charter*, by its very nature, can provide only in general terms. As Chief Justice Dickson stated in *Hunter v. Southam Inc.*[, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169]:

> While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. [p. 5]

[270] The *Working Paper* also pointed out that legislative timelines can be more easily changed:

Another advantage of statutory rules or internal court goals is that they can more easily be adjusted and fine-tuned: constitutional standards, in contrast, are difficult to amend. This will be particularly valuable in the case of the right to a trial within a reasonable time. [p. 6]

[271] In addition, the *Working Paper* noted that legislation can more comprehensively address the root causes of delay:

In addition, statutory provisions are not restricted to establishing time-limits. A *Charter* decision can do little beyond setting a maximum allowable delay and providing a remedy when it is exceeded. While this approach may be satisfactory from the perspective of the individual accused, it does not address the societal interest.

travail préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada (1994) (« *Document de travail* »), la Commission de réforme du droit a mis en lumière plusieurs facteurs qui militent pour l'adoption de normes législatives plutôt que de plafonds imposés par les tribunaux : p. 5-6.

[269] Tout d'abord, la Commission a signalé que les tribunaux ne doivent pas et ne devraient pas s'arroger le rôle du législateur. Ainsi qu'elle l'expliquait dans le *Document de travail* :

Le pouvoir judiciaire a vu son rôle grandement élargi après l'adoption de la *Charte*, mais sa fonction essentielle n'a pas changé. Le fonctionnement des tribunaux n'est pas celui des corps législatifs : leur tâche principale est de trancher les litiges dont ils sont saisis. Il incombe plutôt au Parlement de parfaire les droits constitutionnels en adoptant des mesures législatives que la *Charte*, en raison de sa nature même, ne peut qu'énoncer en termes généraux. Comme le déclarait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam* [*Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169] :

> Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. [p. 5-6]

[270] Ensuite, la Commission soulignait dans le *Document de travail* qu'il est plus facile de modifier des délais prescrits par la loi :

Contrairement aux normes constitutionnelles qui sont difficiles à modifier, les mesures législatives et administratives sont préférables, car elles peuvent être plus facilement ajustées ou finement réglées. Celles-ci s'avéreront particulièrement utiles pour faire respecter le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. [p. 6]

[271] Enfin, la Commission faisait observer que les lois peuvent aborder de façon plus exhaustive les causes profondes du problème des délais :

De plus, les dispositions législatives ne servent pas uniquement à fixer des limites de temps. Une décision fondée sur la *Charte* ne peut guère plus que déterminer le délai maximal permis et accorder réparation si celui-ci n'est pas respecté. Bien que cette approche puisse être satisfaisante du point de vue de l'accusé, elle ne prend

Statutory provisions, on the other hand, can address the underlying causes of delay, rather than merely responding to failures to meet the standard. [p. 6]

[272] Creating presumptive, fixed ceilings is a matter for Parliament, not for this Court, in my respectful view.

[273] My colleagues write, and I agree, that giving meaningful content to constitutional rights is entirely consistent with the judicial role: para. 115. But that is not what the proposed ceilings do. The proposed ceilings do not so much define the content of the s. 11(*b*) right to a trial within a reasonable time as place new limits on the exercise of that right for reasons of administrative efficiency that have nothing to do with whether the delay in a given case was or was not excessive. In my respectful view, this is inconsistent with the judicial role.

C. *The Proposed Presumptive Ceilings Are Not Supported by the Record*

[274] The proposed ceilings have no support in the record that was placed before the Court in this case. The Court did not hear argument about the impact of imposing them, which remains unknown.

[275] Moreover, the ceilings appear to be illogical. The ceilings accept the *Morin* guidelines for institutional delay: 8 to 10 months in provincial courts and 14 to 18 months in cases involving a preliminary hearing and a trial (para. 52). This means that the proposed ceilings allow 8 to 10 months for the inherent time requirements of the case in provincial courts, which seems long, while allowing only marginally more inherent time requirements (12 to 16 months) for cases — generally significantly more complex cases — that involve a preliminary inquiry and a trial. As well, under the ceilings, the seriousness or gravity of the offence cannot be relied on to discharge the onus which the ceilings impose: para. 81. Yet under the transitional

pas en compte l'intérêt de la société. En revanche, les mesures législatives peuvent s'attaquer aux causes sous-jacentes aux délais et non simplement régler les cas de non-respect de la norme. [p. 6-7]

[272] Soit dit en tout respect, j'estime que c'est effectivement au législateur et non à la Cour qu'il revient de créer des plafonds fixes présumés.

[273] Mes collègues écrivent — et j'abonde tout à fait dans leur sens à cet égard — qu'il est entièrement conforme à la fonction judiciaire de donner un contenu réel aux droits constitutionnels : par. 115. Mais ce n'est pas l'effet qu'entraînent les plafonds proposés. De fait, ces derniers n'ont pas tant pour effet de préciser la teneur du droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) que celui d'assortir de nouvelles restrictions l'exercice de ce droit pour des raisons d'efficacité administrative qui n'ont rien à voir avec la question du caractère excessif ou non du délai dans un cas déterminé. À mon avis, l'imposition de tels plafonds est incompatible avec le rôle dévolu aux tribunaux.

C. *Le dossier n'appuie pas la création des plafonds proposés*

[274] Rien dans le dossier qui a été soumis à la Cour en l'espèce n'appuie par ailleurs l'établissement des plafonds proposés. La Cour n'a pas entendu d'arguments sur les conséquences de leur imposition, qui demeurent donc inconnues.

[275] De plus, les plafonds semblent illogiques. Ils reprennent les lignes directrices données dans l'arrêt *Morin* en ce qui concerne le délai institutionnel : 8 à 10 mois pour les procès tenus devant les cours provinciales et 14 à 18 mois pour les procès comportant une enquête préliminaire et un procès (par. 52). On constate donc que les plafonds proposés prévoient 8 à 10 mois comme balise pour le délai inhérent dans le cas d'un procès se déroulant devant une cour provinciale. Cela semble long, d'autant plus que ces mêmes plafonds n'accordent que peu de temps supplémentaire (soit 12 à 16 mois) pour les procès qui comportent une enquête préliminaire en plus d'un procès — et qui sont, en règle générale, beaucoup plus complexes.

scheme, this remains a relevant factor: para. 96. The illogical result is that serious offences are more likely to be stayed under the ceilings than under the transitional scheme.

[276] What evidence there is in the record suggests that it would be unwise to establish these sorts of ceilings. For the vast majority of cases, the ceilings are so high that they risk being meaningless. They are unlikely to address the culture of delay that is said to exist. If anything, such high ceilings are more likely to feed such a culture rather than eliminate it.

[277] Consider the statistical information that we have in the record which is from the Provincial Court of British Columbia. It suggests that the proposed ceiling for the provincial courts is too high to be of any use in encouraging more expeditious justice in the vast majority of cases.

[278] The proposed ceiling is set for 18 months in provincial courts. But the median time to disposition of matters in the Provincial Court of British Columbia was 95 days in 2011-2012, with the average being 259 days, both well below the proposed ceiling: B.C. Justice Reform Initiative, *A Criminal Justice System for the 21st Century* (2012), at p. 30. Of course, these statistics relate to all matters, the vast majority of which (about 95 percent) are disposed of without trial: p. 33. The time to trial varies widely by court location with the time to the commencement of trial for a 2-day case varying in the Provincial Court from 12 to 16 months: p. 34. (I note that this period does not include the period from intake until a trial date is set and measures only to the beginning, not the end of the trial: "Justice Delayed: A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources" (September 2010) (online), at p. 21.) But there is not much here to lead

De même, dans le contexte de l'application des plafonds, le sérieux et la gravité de l'infraction ne peuvent servir à inverser le fardeau qu'ils imposent : par. 81. Or, suivant le régime transitoire proposé par mes collègues, il s'agit d'un facteur qui demeure pertinent : par. 96. Il en résulte une situation illogique où, en appliquant les plafonds, les procès intentés à l'égard d'infractions graves sont plus susceptibles de faire l'objet d'arrêts des procédures que ceux visés par le régime transitoire.

[276] Les éléments de preuve versés au dossier donnent en outre à penser qu'il serait imprudent de fixer ce type de plafonds. Dans la grande majorité des cas, les plafonds sont tellement élevés qu'ils risquent de perdre tout leur sens. Ils risquent de ne contribuer d'aucune façon à pallier le problème de la soi-disant culture des délais. En fait, des plafonds aussi élevés risquent davantage d'alimenter une telle culture que de l'éliminer.

[277] Prenons par exemple les statistiques de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique qui sont citées au dossier. Elles suggèrent que le plafond proposé pour les cours provinciales est trop haut pour servir de quelque façon que ce soit dans la vaste majorité des cas à encourager le traitement plus rapide des dossiers par les tribunaux.

[278] En effet, bien que le plafond proposé soit fixé à 18 mois dans le cas des cours provinciales, le temps médian qui s'est écoulé dans cette juridiction en Colombie-Britannique jusqu'au dénouement des affaires dont elle a été saisie a été de 95 jours en 2011-2012 et la moyenne de 259 jours. Or, dans les deux cas, ces chiffres se situent bien en deçà du plafond proposé : B.C. Justice Reform Initiative, *A Criminal Justice System for the 21st Century* (2012), p. 30. Évidemment, ces statistiques concernent l'ensemble des causes, dont l'immense majorité (soit environ 95 p. 100) se termine sans procès : p. 33. De plus, le temps écoulé avant le procès varie considérablement selon l'emplacement géographique du tribunal, comme en fait foi le cas de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique où le délai écoulé avant l'ouverture du procès, dans le cas d'une affaire de 2 jours, varie de 12 à 16 mois : p. 34. (Je constate que cette période ne tient pas compte du délai écoulé

one to think that the ceilings will do anything to improve the timeliness of the vast majority of criminal cases in the Provincial Court. And, as I will discuss shortly, the ceilings put a small percentage of the total caseload, but a large number of long cases, at serious risk of judicial stay.

du début des mesures préparatoires jusqu'à ce que la date du procès soit fixée et qu'il prend en considération uniquement le temps écoulé jusqu'à l'ouverture du procès et non jusqu'à sa clôture : « Justice Delayed : A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources » (septembre 2010) (en ligne), p. 21.) Dans ces circonstances, force est de reconnaître qu'on dispose de bien peu d'éléments pour pouvoir conclure que les plafonds contribueront de quelque manière que ce soit à accélérer le déroulement de l'immense majorité des instances criminelles introduites devant la Cour provinciale. En outre, comme je vais l'expliquer sous peu, les plafonds exposent un faible pourcentage du total des causes, mais un grand nombre de longs procès, à un risque sérieux de faire l'objet d'un arrêt des procédures.

[279] The "qualitative review" conducted by Justices Moldaver, Karakatsanis, and Brown "assisted in developing the definition of exceptional circumstances" and provided "a rough sense of how the new framework would have played out in some past cases": para. 106. This examination has not been the subject of adversarial scrutiny or debate, and how it "assisted" in developing the definition of exceptional circumstances is unstated. In any case, the examination as I have reviewed it suggests that the proposed ceilings are unrealistic and that their implementation risks large numbers of judicial stays.

[279] L'« examen qualitatif » de la jurisprudence mené par les juges Moldaver, Karatkasanis et Brown a « aidé à définir ce qui constitue des circonstances exceptionnelles » et a donné « une idée générale de la façon dont ce cadre se serait appliqué dans certaines affaires passées » : par. 106. Il n'a toutefois pas fait l'objet d'un débat contradictoire ou d'une analyse et rien n'est dit quant à la façon dont il a « aidé » à définir ce qui constitue des circonstances exceptionnelles. Quoi qu'il en soit, cet examen, comme je l'ai expliqué, tend à indiquer que les plafonds proposés sont irréalistes et que leur mise en œuvre risque d'entraîner un grand nombre d'arrêts des procédures.

[280] What does this examination tell us about the appropriateness of the ceilings? Consider first the superior court cases over the past 10 years in which stays were granted. The average "net" delay was about 44 months, with the median "net" delay being about 37 months. This provides no support for a ceiling of 30 months for superior court cases. The examination is no more supportive in relation to the provincial courts. Looking at provincial court cases in which stays were granted, the average "net" delay was about 27 months and the median was 24.5 months (I have excluded Quebec from this calculation because of the distinctive jurisdiction of the Court of Québec). Once again, my colleagues' examination of the cases fails to support

[280] Que nous dit par ailleurs cet examen quant à l'à-propos des plafonds? Arrêtons-nous tout d'abord sur les décisions dans lesquelles des cours supérieures ont accordé un arrêt des procédures au cours des 10 dernières années. Dans ces cas, le délai moyen « net » a été d'environ 44 mois, et le délai médian « net » de près de 37 mois. Ces délais n'appuient nullement le plafond de 30 mois proposé pour les affaires portées devant une cour supérieure. L'examen n'est guère plus concluant dans le cas des cours provinciales. Si l'on examine les décisions de ces cours dans lesquelles un arrêt des procédures a été ordonné, on constate que le délai moyen « net » a été d'environ 27 mois, et le délai médian « net » de 24 mois et demi (j'ai exclu le Québec

the proposed ceiling of 18 months for provincial court cases.

[281] Developing the proposed ceilings in the absence of evidence and submissions by counsel contrasts with the Court's development of the administrative guidelines for institutional delay in *Askov* and *Morin*. In those cases, the Court had the benefit of extensive evidence including statistical information from comparable jurisdictions and expert opinion: *Morin*, at p. 797. The record in *Morin* included four volumes of evidence, largely consisting of evidence from three experts with exhibits on the issue of institutional delay across various jurisdictions in Canada — in fact, two volumes of the record were exclusively devoted to such information. This record contained evidence from a solicitor in the region of Durham, the region at issue in *Morin*, who was a member of the trial delay reduction committee in the region. His evidence included statistical information and information about the efforts made to reduce delay in the region. Furthermore, the record included extensive evidence from Professor Baar, who "has written and consulted extensively on court administration in general and case flow management in particular in Canada, the United States and other jurisdictions": *R. v. Morin* (1990), 55 C.C.C. (3d) 209 (Ont. C.A.), at p. 213. This extensive record enabled the Court to analyze the respective caseloads of provincial courts and superior courts, the increase in caseload in particular regions (including in Durham), reasons for the growth in this caseload, and the abilities of various courts to handle the increasing caseload: see *Morin* (S.C.C.), at pp. 798-99. The broad range set out in the administrative guidelines in *Morin* (eight to ten months in provincial court; six to eight months from committal to trial) was derived from the considerable mass of evidence then before the Court.

de ce calcul en raison de la compétence distincte de la Cour du Québec). Encore une fois, l'examen que mes collègues font de ces décisions n'appuie pas le plafond de 18 mois proposé dans le cas des procès en cour provinciale.

[281] Fixer les plafonds proposés sans disposer d'éléments de preuve ou d'arguments des avocats tranche avec la façon dont la Cour a élaboré ses lignes directrices en matière de délai institutionnel dans les arrêts *Askov* et *Morin*. Dans ces affaires, la Cour bénéficiait d'une preuve abondante, dont des statistiques provenant de juridictions comparables, ainsi que des avis d'experts : *Morin*, p. 797. Dans l'affaire *Morin*, le dossier comprenait quatre recueils de preuve composés en grande partie du témoignage de trois experts et de pièces portant sur la question des délais institutionnels dans diverses provinces canadiennes; en fait, deux des volumes du dossier étaient exclusivement consacrés à ces renseignements. On trouvait dans ce dossier le témoignage d'un procureur de la région de Durham, membre du comité chargé de proposer des solutions pour réduire les délais judiciaires dans cette région — celle qui était en cause dans l'affaire *Morin*. Cet expert avait cité des statistiques et des renseignements concernant les mesures prises pour réduire les délais dans cette région. De plus, le dossier contenait le témoignage détaillé du professeur Baar qui [TRADUCTION] « a beaucoup écrit et consulté sur la question de l'administration judiciaire en général et sur la gestion des instances, notamment au Canada, aux États-Unis et ailleurs » : *R. c. Morin* (1990), 55 C.C.C. (3d) 209 (C.A. Ont.), p. 213. Grâce à ce dossier fouillé, la Cour a été en mesure d'analyser le nombre de dossiers des cours provinciales et des cours supérieures, la hausse du nombre de causes dans certaines régions — y compris celle de Durham —, les raisons de l'augmentation du nombre de causes et la capacité de diverses juridictions à faire face à cette augmentation : voir *Morin* (C.S.C.), p. 798-799. Le large éventail proposé dans les lignes directrices administratives par l'arrêt *Morin* (de huit à dix mois, s'agissant des cours provinciales, et de six à huit mois entre l'envoi à procès et le procès) s'inspirait de cette preuve abondante alors portée à l'attention de la Cour.

D. *There Is a Significant Risk of Negative Consequences*

[282] My colleagues acknowledge that, if their new framework were applied immediately, there would be a risk of thousands of cases being off-side the new ceilings and being judicially stayed as a result: para. 98. There are worrying signs in the limited record that we do have that large numbers of cases (although not a large percentage of the total cases dealt with by the courts) would be at risk if the presumptive ceilings were applied.

[283] The record indicates that, in the British Columbia Provincial Court, as of March 31, 2010, there were over 2,000 adult criminal cases pending for over 18 months. As of 2011, this represented 13 percent of the caseload of the Provincial Court. As of 2012, 4 percent of pending cases in the Provincial Court had been in the system for more than two years: "Justice Delayed", at p. 23; B.C. Justice Reform Initiative, at p. 35. Thus the limited record that we do have suggests that the proposed ceiling of 18 months in provincial courts, if applied now, would put thousands of prosecutions in the Provincial Court at serious risk of being judicially stayed. Dramatic improvements for the group of cases at the top end of the delays would be required to avoid thousands of judicial stays under the proposed ceilings.

[284] The examination of the case law undertaken by my colleagues increases rather than diminishes this concern. As I noted earlier, the average time for stays in superior courts, based on that analysis, is about 44 months, with the median being about 37 months. This time period significantly exceeds the proposed 30-month ceiling. If these figures can be relied on, they suggest that the proposed ceilings

D. *Il y a un risque important de conséquences néfastes*

[282] Mes collègues reconnaissent que, si le nouveau cadre qu'ils proposent était appliqué immédiatement, des milliers d'instances risqueraient de ne pas respecter les nouveaux plafonds et de faire l'objet d'un arrêt des procédures pour cette raison : par. 98. Le dossier limité soumis à la Cour renferme des éléments faisant craindre qu'un grand nombre d'affaires (même s'il s'agit d'un faible pourcentage de l'ensemble des causes dont sont saisis les tribunaux) risquerait de faire d'objet d'un arrêt des procédures si les plafonds présumés devaient s'y appliquer dès à présent.

[283] En effet, suivant le dossier, à la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, il y avait en date du 31 mars 2010 plus de 2 000 causes en matière criminelle concernant des adultes qui étaient en instance depuis plus de 18 mois. En 2011, les affaires de ce type représentaient 13 p. 100 de toutes celles portées devant la Cour provinciale, tandis qu'en 2012, 4 p. 100 des affaires portées devant cette cour étaient pendantes depuis plus de deux ans : « Justice Delayed », p. 23; B.C. Justice Reform Initiative, p. 35. Ainsi, suivant le dossier limité dont nous disposons, il y a lieu de penser que, s'il était appliqué dès maintenant, le plafond de 18 mois proposé pour les causes entendues devant les cours provinciales exposerait des milliers de poursuites introduites devant celle de la Colombie-Britannique au risque sérieux de faire l'objet d'un arrêt des procédures. Il faudrait donc que les délais pour instruire des causes appartenant à cet ensemble d'affaires dont les délais accumulés sont les plus longs fassent l'objet d'une amélioration spectaculaire pour éviter que des milliers d'arrêts des procédures soient provoqués par les plafonds proposés.

[284] Loin d'apaiser ces préoccupations, l'examen de la jurisprudence entrepris par mes collègues ne fait donc que les raviver. Je le répète, selon cette analyse, le délai moyen pour lequel les cours supérieures ont accordé un arrêt des procédures était d'environ 44 mois, et le délai médian d'environ 37 mois. Or, ces délais dépassent de beaucoup le plafond de 30 mois proposé. Si ces chiffrent sont

would require unrealistic and improbable improvement in case processing times to avoid many judicial stays.

fiables, ils indiquent que les plafonds proposés exigeraient une amélioration tout aussi improbable qu'irréaliste dans le délai de traitement des dossiers pour qu'un grand nombre d'arrêts des procédures soit évité.

[285] The transitional regime which my colleagues propose is intended to avoid the problems that would arise from immediate application of the presumptive ceilings. In my view, these transitional provisions will not avoid the risk of thousands of judicial stays of proceedings.

[285] Le régime transitoire proposé par mes collègues vise à éviter les problèmes qui découleraient de l'application immédiate des plafonds présumés. À mon avis, ce régime ne permettra pas d'éviter le risque que des milliers d'arrêts des procédures soient ordonnés par les tribunaux.

[286] Although my colleagues maintain that different criteria should not apply during the transitional period, they in fact establish different criteria for transitional cases. To take only one example, there will be a "transitional exceptional circumstance" if the parties reasonably relied on the law as it previously existed and have not had time "to correct their behaviour": para. 96. In other words, the ceilings do not apply to some transitional cases.

[286] Bien que mes collègues maintiennent que l'on ne devrait pas appliquer des critères différents au cours de la période transitoire, ils établissent en fait de tels critères pour les dossiers en cours d'instance durant cette période. Pour ne prendre qu'un seul exemple, mentionnons qu'on appliquerait une « mesure transitoire exceptionnelle » si les parties s'étaient raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait auparavant et qu'elles n'auraient pas eu le temps de « corriger leur conduite » : par. 96. Autrement dit, les plafonds ne s'appliqueront pas dans certaines situations visées par les mesures transitoires.

[287] The basic problem with this is that transitional provisions create a *Charter* amnesty. What is unreasonable according to the Constitution is treated as if it were reasonable. The justification for this is that parties require time to correct their behaviour following the release of this decision. However, this sort of *Charter* amnesty is contrary to our s. 11(*b*) jurisprudence.

[287] Le problème fondamental de cette approche réside dans le fait que ces dispositions transitoires créent une dispense d'application de la *Charte*, et qu'une situation que la Constitution considère comme déraisonnable sera jugée raisonnable. Pour justifier cette approche, mes collègues font valoir que les parties ont besoin de temps pour corriger leur conduite à la suite du prononcé de la présente décision. Toutefois, ce type de dispense d'application de la *Charte* va à l'encontre de notre jurisprudence relative à l'al. 11*b*).

[288] *Morin* ruled against transitional provisions in s. 11(*b*) cases and explained why purporting to set up a parallel system of rules to govern existing cases is wrong in principle. Sopinka J. for the majority wrote, at pp. 797-98:

[288] L'arrêt *Morin* a écarté le recours aux dispositions transitoires dans le cas des affaires mettant en jeu l'al. 11*b*) et expliqué la raison pour laquelle on aurait tort, en principe, d'établir un système parallèle de règles pour régir les situations existantes. Le juge Sopinka a écrit ce qui suit, au nom des juges majoritaires, p. 797-798 :

. . . the Court of Appeal purported to apply a transitional period to accommodate the situation in Durham. While a transitional period may have been appropriate immediately after the *Charter* came into effect, it is not appropriate any longer. This Court so held in *Askov*. The use of a transitional period implies a fixed period during which unreasonable delay will be tolerated while the system adjusts to a new set of rules. It imposes a general moratorium on certain *Charter* rights. For this reason and quite apart from the statement in *Askov* that the transitional period had ended, I would not find it appropriate in this case. It appears to me undesirable to impose a moratorium on *Charter* rights every time a region of the country experiences unusual strain on its resources. It is preferable to simply treat this as one factor in the overall decision as to whether a particular delay is unreasonable. [Emphasis added.]

. . . la Cour d'appel a voulu appliquer une période de transition pour tenir compte de la situation dans le district de Durham. Bien qu'une période de transition ait pu convenir immédiatement après l'entrée en vigueur de la *Charte*, ce n'est désormais plus le cas. C'est ce que notre Cour a jugé dans l'arrêt *Askov*. L'utilisation d'une période de transition sous-entend une période déterminée durant laquelle un délai déraisonnable sera toléré pendant que le système s'ajuste à de nouvelles règles. Elle impose un moratoire général à certains droits que confère la *Charte*. Pour ce motif et indépendamment de la déclaration dans l'arrêt *Askov* selon laquelle la période de transition avait pris fin, je suis d'avis qu'une telle période de transition ne convient pas en l'espèce. Il ne me paraît pas souhaitable d'imposer un moratoire aux droits que confère la *Charte* chaque fois qu'une pression inhabituelle se manifeste à l'égard des ressources d'une région du pays. Il est préférable de traiter simplement cette situation comme un facteur qu'il faut prendre en compte dans la décision globale de savoir si un délai en particulier est déraisonnable. [Je souligne.]

[289] In my opinion, this teaching is both authoritative and sensible. I would continue to apply it.

[289] À mon avis, cet enseignement fait autorité en plus d'être logique. Je continuerais de l'appliquer.

[290] Moreover, my colleagues indicate that the proposed transitional exception applies to problems of institutional delay. But it is hard to see how this can be justified by the need to give parties an opportunity to correct their behaviour. The guidelines for reasonable institutional delay were established (at the very latest) in *Morin*, almost a quarter of a century ago. Twenty-four years is long enough for parties to modify their behaviour to comply. No transitional arrangements for institutional delay can now be justified.

[290] En outre, mes collègues indiquent que l'exception transitoire proposée s'applique au problème causé par les délais institutionnels. Il est toutefois difficile de voir comment cette exception peut se justifier par la nécessité d'accorder aux parties la possibilité de corriger leur conduite. L'énoncé le plus récent des lignes directrices en matière de délais institutionnels raisonnables remonte à l'arrêt *Morin*, il y a déjà presque un quart de siècle. Les parties ont eu amplement le temps, depuis 24 ans, de modifier leur conduite et de s'amender, et aucune disposition transitoire ne saurait maintenant se justifier en ce qui a trait aux délais institutionnels.

[291] My colleagues write that the "contextual application of the [new] framework is intended to ensure that the post-*Askov* situation [in which tens of thousands of charges were stayed in Ontario alone] is not repeated": para. 94. In other words, the hope is that the presumptive ceilings that are unrealistic now will become realistic in the fairly near future. But there is no basis in the record or in logical reasoning to suppose that these ceilings, if dramatically unrealistic now, will become less unrealistic

[291] Mes collègues écrivent que « l'application contextuelle que nous proposons du [nouveau] cadre d'analyse vise à garantir [que la situation qui s'est produite après le prononcé de l'arrêt *Askov*, où des dizaines de milliers d'accusations ont été suspendues en Ontario seulement] ne se reproduira pas » : par. 94. Autrement dit, on espère que les plafonds présumés qui sont irréalistes pour le moment deviennent réalistes dans un avenir assez rapproché. Or, rien dans le dossier ou selon tout raisonnement

with the passage of time. In my respectful view, this Court should not impose on the criminal justice system the risk that thousands of prosecutions will be judicially stayed. Doing so is especially regrettable when it is done, as is proposed here, in a virtual factual vacuum, with no opportunity for submissions about either the wisdom of this approach or the accuracy of the assumptions on which it is based.

[292] My colleagues maintain that there is a "culture of complacency towards delay" (para. 40) that has emerged in the criminal justice system, which is not addressed by the *Morin* framework. They argue that their revised approach to s. 11(*b*) is warranted, given that under the current framework "participants in the justice system . . . are not encouraged to take preventative measures to address inefficient practices and resourcing problems": para. 41. But, contrary to these broad and unsupported generalizations, even the limited record before the Court indicates that the problem of excessive delay has been the focus of extensive attention by the British Columbia Provincial Court and by the governments of British Columbia, Alberta, Newfoundland and Labrador, and Ontario. The most recent statistics in the record indicate that the situation is, if anything, getting better, not worse: see "The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015" (online), at p. 5.

[293] Imposing judicially created ceilings as an aspect of our s. 11(*b*) jurisprudence presents risks. If we are to take these risks through the imposition of ceilings or other time limits, these limits should be created by legislation and informed by facts.

logique ne permet de penser que, s'ils sont parfaitement irréalistes maintenant, ces plafonds deviendront moins irréalistes avec le temps. Soit dit en tout respect, je ne crois pas qu'il convienne que la Cour impose au système de justice criminelle le risque que des milliers de poursuites soient abandonnées avant le procès par suite d'un arrêt des procédures. Il serait d'autant plus regrettable d'agir comme le proposent mes collègues, vu l'absence quasi totale de fondement factuel, et sans que la Cour ait eu l'occasion de recevoir des observations quant à la sagesse de cette approche ou quant à la justesse des hypothèses sur lesquelles elle est fondée.

[292] Mes collègues maintiennent qu'« une culture de complaisance vis-à-vis les délais » (par. 40) a fait son apparition dans le système de justice criminelle et que le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Morin* ne s'attaque pas à ce problème. Selon eux, il est justifié de réviser le cadre d'analyse applicable aux demandes fondées sur l'al. 11*b*) compte tenu du fait qu'avec le cadre d'analyse actuel « les participants au système de justice [. . .] ne sont pas incités à prendre des mesures préventives pour remédier aux pratiques inefficaces et au manque de ressources » : par. 41. Or, contrairement à ces généralisations vagues et non appuyées, il ressort du dossier même limité dont nous disposons que la Cour provinciale de la Colombie-Britannique et les gouvernements de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de Terre-Neuve-et-Labrador et de l'Ontario se sont attaqués sérieusement au problème des délais excessifs. Les statistiques les plus récentes versées au dossier démontrent de fait que, loin d'empirer, la situation tend à s'améliorer : voir « The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015 » (en ligne), p. 5.

[293] Bref, imposer des plafonds d'origine prétorienne dans le cadre de notre jurisprudence relative à l'al. 11*b*) présente des risques. S'il fallait courir de tels risques en imposant des plafonds ou d'autres délais, ceux-ci devraient être fixés par voie législative et être fondés sur des faits.

E. *The Promised Simplicity of the Ceilings Is Likely Illusory*

[294] Even if creating ceilings were an appropriate task for the courts and even if there were an appropriate evidentiary basis for them, there is little reason to think these presumptive ceilings would avoid the complexities inherent in deciding whether a particular delay is unreasonable in all of the circumstances.

[295] We can look to the experience of other jurisdictions. It appears that even fixed limitation periods set by legislatures have not succeeded in avoiding complexity. Various states in the United States have created statutory time limitation periods dealing with overall delay in criminal proceedings. At the federal level, there is the *Speedy Trial Act of 1974*, 18 U.S.C. § 3161, and there are similar provisions in many states: W. R. LaFave et al., *Criminal Procedure* (5th ed. 2009), at pp. 892-93. These provisions create time limitations, but also include a number of contingencies to account for the plethora of different circumstances under which criminal cases may arise: pp. 895-97. In short, to be workable, the legislated limits inevitably require that a number of factors be balanced and considered in determining whether any case or charge should be dismissed: p. 897. But these contingencies and this balancing simply give rise to the sort of litigation that the limits were supposed to avoid: see S. Hopwood, "The Not So Speedy Trial Act" (2014), 89 *Wash. L. Rev*. 709, at p. 715.

[296] Turning to the proposed scheme, it seems to me that rather than avoiding complexity, it simply moves the complexities of the analysis to a new location.

[297] I turn first to cases in which the delay exceeds the presumptive ceiling. Departure from the ceiling may be required by a variety of circumstances: "discrete exceptional events" (para. 75), including delay caused by unexpected recantation

E. *La simplicité promise des plafonds est vraisemblablement illusoire*

[294] Même si la création de plafonds entrait dans les attributions des tribunaux et que la preuve présentée en l'espèce la justifiait, il y a peu de raison de penser que ces plafonds présumés permettraient d'éviter les complexités inhérentes à l'obligation de décider si un délai particulier est déraisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances.

[295] À cet égard, nous pourrions tirer des enseignements de l'expérience vécue dans d'autres pays. Il semble, en effet, que même les délais fixes prescrits ailleurs par le législateur n'aient pas suffi pour éviter la complexité de la tâche. Aux États-Unis, divers États ont créé, par voie législative, des délais de prescription qui imposent un délai total maximal dans le cas des poursuites criminelles. Au palier fédéral, le législateur a adopté la *Speedy Trial Act of 1974*, 18 U.S.C. § 3161, et des dispositions similaires ont été adoptées dans de nombreux États : W. R. LaFave et autres, *Criminal Procedure* (5e éd. 2009), p. 892-893. Ces dispositions prescrivent des délais, mais prévoient également plusieurs éventualités pour tenir compte des innombrables circonstances dans lesquelles surviennent les procès criminels : p. 895-897. Bref, pour être efficaces, les délais fixés par la loi exigent immanquablement qu'on tienne compte d'un grand nombre de facteurs et qu'on les mette en balance pour déterminer s'il y a lieu de rejeter une affaire ou une accusation : p. 897. Or, ces éventualités et cette mise en balance donnent précisément lieu au genre de litiges que les délais étaient censés permettre d'éviter : voir S. Hopwood, « The Not So Speedy Trial Act » (2014), 89 *Wash. L. Rev.* 709, p. 715.

[296] Pour revenir au régime proposé par mes collègues, il me semble qu'au lieu d'éviter la complexité de l'analyse, il ne fait que la déplacer.

[297] Voyons d'abord ce qu'il en est dans les cas où le délai excède le plafond présumé. Des dérogations à l'application du plafond peuvent être nécessaires en raison de diverses circonstances : des « événements exceptionnels distincts » (par. 75)

by a complainant and other unforeseen trial delays; delay resulting from a case's particular "complexity" (para. 77); and whether particular periods of delay could reasonably have been mitigated. It is hard to see how this framework is likely to bring greater simplicity to the analysis.

[298] The same applies to the burden on the defence in cases which fall below the ceilings. Under the proposed framework, the defence has the burden to show, first, that the time required to dispose of the case "markedly exceeds the reasonable time requirements of the case": para. 87. In order to consider a defence attempt to discharge this burden, the court will have to consider a variety of factors, including "the complexity of the case, local considerations, and whether the Crown took reasonable steps to expedite the proceedings": *ibid.* These factors largely mirror the test under the existing jurisprudence.

[299] The defence must also show that it took "meaningful, sustained steps to expedite the proceedings": para. 84. The defence must show that "it attempted to set the earliest possible hearing dates, was cooperative with and responsive to the Crown and the court, put the Crown on timely notice when delay was becoming a problem, and conducted all applications . . . reasonably": para. 85. I have already explained why I think it is inappropriate to impose this burden. But putting that aside, the need for these inquiries increases rather than reduces the complexity of the analysis mandated by the existing jurisprudence.

[300] Finally, consider the proposed transitional provisions. It is unexplained how the Crown will be able to satisfy the court that "the time the case has taken is justified based on the parties' reasonable

— y compris les délais causés par des rétractations inattendues par le plaignant et d'autres délais imprévus durant le procès —, des délais qui découlent de la « complexité » (par. 77) particulière du dossier, et la question de savoir si certaines périodes particulières auraient raisonnablement pu être minimisées. Il est difficile de voir comment ce cadre serait susceptible de simplifier ne serait-ce qu'un tant soit peu l'analyse.

[298] Il en est de même pour le fardeau dont devra s'acquitter la défense lorsque le délai sera inférieur aux plafonds. Suivant le cadre d'analyse proposé, la défense aura à démontrer, tout d'abord, que le temps qu'il a fallu pour trancher l'affaire « excède de manière manifeste le délai qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger l'affaire » : par. 87. Pour juger de la tentative de la défense de s'acquitter de ce fardeau, le tribunal aura à tenir compte de divers facteurs, y compris « la complexité du dossier, des considérations de nature locale, et la question de savoir si le ministère public a pris des mesures raisonnables pour accélérer l'instance » : *ibid*. Or, ces facteurs sont pratiquement le reflet du test que prescrit la jurisprudence actuelle.

[299] La défense aura aussi à démontrer qu'elle a pris « des mesures utiles et soutenues pour accélérer la procédure » : par. 84. Elle aura en outre à prouver qu'elle « a essayé d'obtenir les dates les plus rapprochées possible pour la tenue de l'audience, qu'elle a collaboré avec le ministère public et le tribunal et a répondu à leurs efforts, qu'elle a avisé le ministère public en temps opportun que le délai commençait à poser problème, et qu'elle a mené toutes les demandes [. . .] de manière raisonnable » : par. 85. J'ai déjà expliqué pourquoi j'estime qu'il ne convient pas de lui imposer ce fardeau. Mais, outre cette explication, exiger que les tribunaux soient astreints à de tels examens aura pour effet d'augmenter plutôt que de réduire la complexité de l'analyse prescrite par la jurisprudence actuelle.

[300] Examinons finalement les dispositions transitoires proposées. Mes collègues ne précisent pas comment le ministère public s'y prendra pour convaincre le tribunal que « le temps qui

reliance on the law as it previously existed" in the relevant jurisdiction, let alone how it will be shown that "the parties have [or have not] had time following the release of this decision to correct their behaviour": para. 96. Little imagination is needed to see the ballooning evidentiary implications of these elements of the scheme. Also, it seems that for transitional cases below the ceiling, unlike cases subject to the new template, the defence does not have to prove having taken initiative to expedite matters in the period preceding this decision in order to make out a case of unreasonable delay. But doing so will assist the defence claim of unreasonable delay. The result is that even in transitional cases, the parties will be parsing the record to show how the defence did, or did not, try to move things along.

[301] These considerations suggest that the proposed presumptive ceilings will do little to simplify the task of determining whether the delay in a particular case violates the accused's right to be tried within a reasonable time. In one way or the other, the judge must look at the circumstances of the particular case at hand.

F. *Conclusion*

[302] I am not convinced that this Court should impose the scheme proposed by my colleagues. It diminishes *Charter* rights. It casts aside three decades of the Court's jurisprudence when no participant in the appeal called for such a wholesale change — and this in the context of a case in which all of us agree that the result is clear under the existing jurisprudence. It has not been the subject of adversarial scrutiny or debate. The record does not support the particular ceilings selected. Nor, so far as I can tell, does the Court-conducted examination of reported cases. And it risks repetition of the *Askov* aftermath in which thousands of prosecutions were

s'est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait au préalable » dans le territoire en cause, et encore moins comment on pourra démontrer qu'« après le prononcé du présent jugement, les parties ont [ou n'ont pas] eu le temps de corriger leur conduite » : par. 96. Il n'est pas nécessaire de faire preuve de beaucoup d'imagination pour concevoir les répercussions considérables qu'auront ces aspects du régime sur la preuve. Dans les affaires visées par les dispositions transitoires, il semble par ailleurs que, dans les cas où le délai total sera inférieur au plafond, contrairement à ce qui lui incombera dans les affaires visées par le nouveau modèle, la défense n'aura pas l'obligation de démontrer qu'elle a fait le nécessaire pour accélérer le déroulement de l'instance au cours de la période précédant la présente décision. Toutefois, si elle le faisait, elle obtiendrait plus facilement gain de cause sur son moyen fondé sur l'existence d'un délai déraisonnable. Ainsi, même dans les cas transitoires, les parties auront à disséquer le dossier pour démontrer comment la défense a fait ou non le nécessaire pour faire progresser l'affaire.

[301] Ces considérations donnent à penser que les plafonds présumés contribueront fort peu à faciliter la tâche de déterminer si le délai écoulé dans un cas précis a enfreint le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Le tribunal devra de toute façon examiner les circonstances du cas qui lui est soumis.

F. *Conclusion*

[302] Je ne suis pas convaincu que la Cour devrait imposer l'approche proposée par mes collègues. Elle restreint les droits consacrés par la *Charte*. Elle écarte une trentaine d'années de jurisprudence de la Cour alors qu'aucun des participants au présent pourvoi n'a réclamé une telle transformation radicale de notre droit, et ce, dans le contexte d'une affaire dans laquelle nous nous entendons tous pour dire que le résultat est clair selon la jurisprudence actuelle. En outre, l'approche proposée n'a fait l'objet ni d'un débat contradictoire ni d'une analyse de la part des parties. Le dossier n'appuie pas les plafonds retenus en l'espèce,

judicially stayed. In short, the proposed scheme is, in my respectful view, wrong in principle and unwise in practice.

V. Disposition

[303] I would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Addario Law Group, Toronto.

pas plus, pour autant que j'ai pu le constater, que l'examen par mes collègues des décisions publiées. Cette nouvelle approche risque en outre de déclencher une répétition de ce qui s'est produit dans la foulée de l'arrêt *Askov*, quand des milliers de procès se sont soldés par un arrêt des procédures. Bref, à mon avis, le cadre d'analyse proposé est erroné sur le plan théorique et peu judicieux sur le plan pratique.

V. Dispositif

[303] J'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais l'arrêt des procédures.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Peck and Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Addario Law Group, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Kenneth Gavin Williamson *Respondent*

and

Attorney General of Alberta, British Columbia Civil Liberties Association and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Williamson

2016 SCC 28

File No.: 36112.

2015: October 7; 2016: July 8.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of nearly three years between charges and end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for determining s. 11(b) infringement applied.

W was charged in January 2009 for historical sexual offences against a minor. His trial ended in December 2011. W applied for a stay of proceedings due to the delay. The trial judge dismissed the application and W was convicted. The Court of Appeal allowed the appeal and entered a stay.

Held (Cromwell, Wagner and Gascon JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ.: Applying the new framework established in the companion appeal of *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, W's right to be tried within a reasonable

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Kenneth Gavin Williamson *Intimé*

et

Procureur général de l'Alberta, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Williamson

2016 CSC 28

N° du greffe : 36112.

2015 : 7 octobre; 2016 : 8 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de près de trois ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Application d'un nouveau cadre d'analyse pour décider s'il y a eu violation de l'art. 11b).

W a été accusé en janvier 2009 d'avoir commis, il y a longtemps, des infractions de nature sexuelle sur un mineur. Son procès s'est terminé en décembre 2011. W a demandé un arrêt des procédures en raison du délai. Le juge du procès a rejeté la demande et W a été déclaré coupable. La Cour d'appel a fait droit à l'appel et ordonné l'arrêt des procédures.

Arrêt (les juges Cromwell, Wagner et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown : Il ressort de l'application du nouveau cadre d'analyse établi dans le pourvoi connexe *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, qu'il y a eu atteinte au droit

time under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed.

The delay between the charges and the end of trial was approximately 35.5 months. W did not waive any of this delay, and solely caused only one and a half months of it. Subtracting this defence delay leaves 34 months. This is still above the 30-month presumptive ceiling established in *Jordan* for cases going to trial in the superior court. The delay is therefore presumptively unreasonable. Here, the Crown has failed to discharge its burden of showing that the delay is reasonable. The record does not disclose any delay caused by discrete, exceptional circumstances, and the case does not remotely qualify as exceptionally complex.

In addition, since W was charged before the release of *Jordan*, the transitional exceptional circumstance established in *Jordan* may apply. As stated in *Jordan*, the transitional exceptional circumstance will apply when the Crown satisfies the court that the time the case has taken is justified based on the previous legal framework, upon which the parties reasonably relied.

While this is a close case, the transitional exceptional circumstance does not apply. In other words, the *Morin* framework cannot justify the nearly three years it took to bring W to trial on relatively straightforward charges. Although W did not suffer significant prejudice, the case was simple, the Crown did little to combat the substantial institutional delay, and W was reasonably proactive in attempting to move the matter along. Therefore, while the crimes committed by W are very serious, the balance weighs in favour of his interests in a trial within a reasonable time, over the societal interest in a trial on the merits. At nearly three years, this straightforward case took far longer to try than it should have.

Per McLachlin C.J.: Applying the revised *Morin* framework (*R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771) proposed by the minority in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, the Court of Appeal did not err in entering a stay of proceedings.

Per Cromwell, Wagner and Gascon JJ. (dissenting): This is a close case of excessive delay that is not clearly unreasonable. This is the sort of case in which a

de W d'être jugé dans un délai raisonnable que lui confère l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le délai entre le dépôt des accusations et la conclusion du procès a été d'environ 35 mois et demi. W n'a renoncé à invoquer aucune partie de ce délai et il est responsable d'uniquement un mois et demi de celui-ci. Après avoir soustrait ce délai imputable à la défense, il reste 34 mois. Ce délai dépasse encore le plafond présumé de 30 mois établi dans *Jordan* pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Le délai est donc présumé déraisonnable. En l'espèce, le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que le délai est raisonnable. Le dossier ne révèle aucun délai causé par des circonstances exceptionnelles et distinctes, et l'affaire ne peut aucunement être qualifiée d'exceptionnellement complexe.

En outre, puisque W a été inculpé avant le prononcé de l'arrêt *Jordan*, la mesure exceptionnelle transitoire établie dans *Jordan* peut s'appliquer. Comme il est indiqué dans cet arrêt, la mesure exceptionnelle transitoire s'applique lorsque le ministère public convainc le tribunal que le temps pris pour juger l'affaire est justifié eu égard à l'ancien cadre juridique auquel se sont raisonnablement fiées les parties.

Bien qu'il s'agisse d'un cas limite, la mesure exceptionnelle transitoire ne s'applique pas. Autrement dit, le cadre énoncé dans *Morin* ne peut justifier le délai de près de trois ans qu'a mis le ministère public pour faire subir son procès à W, qui faisait pourtant l'objet d'accusations relativement simples. Même si W n'a pas subi de préjudice important, la cause était simple, le ministère public n'a fait que très peu pour atténuer le long délai institutionnel, et W a été raisonnablement proactif pour tenter de faire avancer le dossier. Par conséquent, s'il est vrai que les crimes commis par W sont très graves, la balance penche pour son droit à un procès tenu dans un délai raisonnable plutôt que pour l'intérêt qu'a la société à ce qu'il soit jugé sur le fond. D'une durée de près de trois ans, la présente cause, relativement simple, a pris beaucoup plus longtemps qu'elle n'aurait dû raisonnablement le faire.

La juge en chef McLachlin : Il ressort de l'application du cadre révisé de l'arrêt *Morin* (*R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771) que proposent les juges minoritaires dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en ordonnant l'arrêt des procédures.

Les juges Cromwell, Wagner et Gascon (dissidents) : C'est un cas limite de délai excédentaire qui n'est pas manifestement déraisonnable. Il s'agit du type de

balancing of interests is critical in assessing unreasonable delay. Even in such a case, the new framework developed by the majority in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, for determining whether a person's right under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a trial within a reasonable time has been violated, does not allow for consideration of the strong societal interest in resolving the serious charges against W on their merits. The new framework does not permit the sort of balancing of interests that is inherent in the concept of reasonableness.

A reasonable period for this type of case to be prepared and tried was assessed at seven months. The reasonable institutional delays for both levels of court totalled 18 months, based on the upper end of the range under the guidelines in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. The reasonable time requirements of this case were therefore 25 months. The case in fact took 35.5 months. Five of those months should not be counted against the state: two months were fairly attributed to the defence and three months resulted from a scheduling issue at the preliminary inquiry stage. The difference between the 30.5 months which count against the state and the 25 months reasonably required for a case of this nature exceeds the reasonable time requirements of a case like this one by 5.5 months.

While this is not an insignificant period of time, it is not clearly unreasonable and the final balancing of relevant factors is therefore critical. For the trial judge, that balancing resulted in a finding that the delay was not unreasonable. He found that there was no actual prejudice, and there was no basis for the Court of Appeal to take a different view of this matter; the concept of "inferred prejudice" is not a useful one and, in any event, the trial judge's analysis of this issue under the then-existing law contained no error. The trial judge also found that there was a very high societal interest in having W tried on the merits for these very serious charges. This is not to say that the societal interest in resolution on the merits can ever justify what is otherwise a clearly unreasonable delay. But in a case like this one, in which the delay is excessive but not so long as to be clearly unreasonable, it is one of the considerations that should be taken into account. The jurisprudence has been clear that societal interests underlie the concept of reasonableness. The trial judge also accepted the impact of the temporary and exceptional pressure on the dockets of both the provincial

cause où il est crucial de procéder à une mise en balance des différents droits pour juger du caractère raisonnable ou non du délai. Même dans un tel cas, le nouveau cadre d'analyse élaboré par les juges majoritaires dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, pour décider si le droit d'une personne d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé ne permet pas de prendre en considération le grand intérêt qu'a la société à ce que les accusations graves portées contre W soient tranchées au fond. Le nouveau cadre d'analyse exclut le type de mise en balance des intérêts inhérent à la notion du caractère raisonnable.

Il a été jugé qu'un délai de sept mois est raisonnable pour la préparation et l'instruction d'une affaire de ce genre. Les délais institutionnels raisonnables pour les deux instances se situent à 18 mois au total selon la limite supérieure de la fourchette prévue par les lignes directrices énoncées dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Le délai raisonnable inhérent à la présente affaire était donc de 25 mois. Or, elle a en fait duré 35 mois et demi. Cinq de ces mois ne devraient pas être retenus contre l'État : deux mois ont été imputés à juste titre à la défense et trois mois ont été occasionnés par un conflit d'horaire à l'étape de l'enquête préliminaire. La différence entre les 30 mois et demi à retenir contre l'État et le délai de 25 mois raisonnablement nécessaire pour instruire une affaire de ce genre correspond à un dépassement de cinq mois et demi du délai raisonnable pour une affaire comme celle-ci.

Même s'il ne s'agit pas d'une période insignifiante, le délai n'a pas été clairement déraisonnable et la mise en balance finale des facteurs pertinents est donc cruciale. Pour le juge du procès, cette mise en balance a mené à la conclusion que le délai n'avait pas été déraisonnable. Il a jugé que l'accusé n'avait pas réellement subi de préjudice et la Cour d'appel n'avait aucune raison d'exprimer une opinion différente à cet égard; le concept de « préjudice présumé » n'est pas utile et, quoi qu'il en soit, l'analyse qu'a faite le juge de première instance à ce sujet à la lumière du droit alors applicable ne contenait aucune erreur. Le juge du procès a également conclu qu'il y avait un intérêt très élevé pour la société à ce que W soit jugé au fond pour ces accusations très graves. Cela ne veut pas dire pour autant que l'intérêt de la société à ce qu'une cause soit entendue au fond peut justifier ce qui serait autrement un délai manifestement déraisonnable. Cela dit, dans une cause comme celle en l'espèce, où le délai est excessif, mais pas au point d'être manifestement déraisonnable, il s'agit d'un des facteurs à prendre en considération. La jurisprudence a exprimé clairement que les

court and the superior court at the relevant time. This sort of pressure is a factor that should result in the *Morin* guidelines being applied flexibly.

These are relevant considerations and there was no error in the judge's weighing of them. Taking all of these considerations into account, there was also no error in the trial judge's ultimate conclusion that the delay here was not unreasonable. In this case, staying these charges would be more publicly disreputable for the administration of justice than tolerating an inordinate trial delay. The judgment of the Court of Appeal should therefore be set aside and the convictions entered at trial reinstated.

Cases Cited

By Moldaver, Karakatsanis and Brown JJ.

Applied: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; **referred to:** *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. D. (R.)*, 2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28; *R. v. MacPherson*, 2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428; *R. v. Scott*, 2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310; *R. v. MacMunn*, 2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242.

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; **referred to:** *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Jordan, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Ralph*, 2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1; *R. v. Steele*, 2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(*b*).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, MacPherson and Lauwers JJ.A.), 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231, 314 C.C.C. (3d) 156, [2014] O.J. No. 3828 (QL), 2014

droits de la société sous-tendent le concept du caractère raisonnable. Le juge du procès a également accepté l'incidence qu'ont eue les pressions temporaires et exceptionnelles sur les rôles de la cour provinciale et de la cour supérieure à l'époque pertinente. Ce type de pression est un facteur qui devrait entraîner une application souple des lignes directrices dictées par l'arrêt *Morin*.

Il s'agit de facteurs pertinents et le juge n'a commis aucune erreur en les mettant en balance. Compte tenu de tous ces facteurs, le juge du procès n'a également commis aucune erreur en tirant la conclusion ultime que le délai ici n'avait pas été déraisonnable. En l'espèce, le fait d'ordonner l'arrêt des procédures déconsidérerait davantage l'administration de la justice aux yeux du public que de tolérer qu'un procès ait été tenu dans un délai démesuré. Il y a donc lieu d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir les déclarations de culpabilité inscrites au procès.

Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown

Arrêt appliqué : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés :** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. D. (R.)*, 2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28; *R. c. MacPherson*, 2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428; *R. c. Scott*, 2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310; *R. c. MacMunn*, 2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242.

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; **arrêt mentionné :** *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Jordan, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Ralph*, 2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1; *R. c. Steele*, 2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*b*).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, MacPherson et Lauwers), 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231, 314 C.C.C. (3d) 156, [2014] O.J. No. 3828 (QL), 2014

CarswellOnt 11147 (WL Can.), setting aside a decision of Tranmer J., 2011 ONSC 5930, [2011] O.J. No. 4423 (QL), 2011 CarswellOnt 10327 (WL Can.). Appeal dismissed, Cromwell, Wagner and Gascon JJ. dissenting.

Eric H. Siebenmorgen and *Tracy Kozlowski*, for the appellant.

John H. Hale, for the respondent.

Jolaine Antonio, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Tim A. Dickson and *Martin Twigg*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Frank Addario and *Erin Dann*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ. was delivered by

MOLDAVER, KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

I. Introduction

[1] The respondent, Mr. Williamson, says his right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed. The trial judge found no s. 11(*b*) infringement. The Court of Appeal disagreed and entered a stay of proceedings.

[2] In the companion appeal of *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, we stated a new framework for determining whether s. 11(*b*) has been infringed. Applying that framework in this case, including its transitional features, we conclude Mr. Williamson's right to be tried within a reasonable time was infringed. We would therefore dismiss the appeal.

CarswellOnt 11147 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Tranmer, 2011 ONSC 5930, [2011] O.J. No. 4423 (QL), 2011 CarswellOnt 10327 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Cromwell, Wagner et Gascon sont dissidents.

Eric H. Siebenmorgen et *Tracy Kozlowski*, pour l'appelante.

John H. Hale, pour l'intimé.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Tim A. Dickson et *Martin Twigg*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Frank Addario et *Erin Dann*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown rendu par

LES JUGES MOLDAVER, KARAKATSANIS ET BROWN —

I. Introduction

[1] L'intimé, M. Williamson, affirme qu'il y a eu atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui confère l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a conclu à l'absence de violation de l'al. 11*b*). La Cour d'appel s'est dite d'avis contraire et a ordonné l'arrêt des procédures.

[2] Dans le pourvoi connexe *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, nous avons énoncé un nouveau cadre d'analyse servant à décider s'il y a eu violation de l'al. 11*b*). Après avoir appliqué ce cadre et ses modalités transitoires en l'espèce, nous concluons qu'il y a eu atteinte au droit de M. Williamson d'être jugé dans un délai raisonnable. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Facts

[3] Mr. Williamson was charged in January 2009 with historical sexual offences against a minor. He elected trial by judge and jury, and a preliminary inquiry was set for November 2009. Three days before the preliminary inquiry was to begin, Crown counsel learned that a continuation of another matter had been set for the same date and the assigned judge would not be able to conduct Mr. Williamson's preliminary inquiry. The Crown cancelled its witnesses, but neglected to inform Mr. Williamson of this development.

[4] Mr. Williamson appeared in court with his counsel on the date scheduled for the preliminary inquiry. He learned that the continued matter had been given priority, but that the assigned judge was nevertheless available to conduct his preliminary inquiry that afternoon. However, since the Crown had cancelled the witnesses, the preliminary inquiry was rescheduled to February 2010. Shortly after this adjournment, defence counsel wrote to Crown counsel stating: "We continue to be anxious to move forward in this matter which regrettably could not proceed today due to administrative and institutional delay."

[5] The parties all appeared for the scheduled preliminary inquiry date in February 2010, but a mix-up led them to believe that the assigned judge and the investigating officer were not available. The preliminary inquiry was rescheduled for May 2010.

[6] At the preliminary inquiry, by agreement of the parties, the only evidence heard was that of the complainant. The Crown and defence agreed that this was the only evidence relevant to committal. They jointly submitted to the court that in order to use time "effectively", the Crown would make the police witnesses available to the defence to be examined out of court. The preliminary inquiry was

II. Faits

[3] M. Williamson a été accusé en janvier 2009 d'avoir commis, il y a longtemps, des infractions de nature sexuelle sur un mineur. Il a choisi de subir son procès devant juge et jury, et une enquête préliminaire a été fixée au mois de novembre 2009. Trois jours avant l'ouverture prévue de l'enquête préliminaire, l'avocate du ministère public a appris que la poursuite d'une autre cause avait été fixée au même jour et que le juge désigné ne serait pas en mesure de présider l'enquête préliminaire visant M. Williamson. Le ministère public a annulé la comparution de ses témoins, mais il a omis d'aviser M. Williamson de ce changement.

[4] M. Williamson a comparu en salle d'audience avec son avocat à la date fixée pour l'enquête préliminaire. Il a alors appris que la suite de l'autre affaire serait entendue avant la sienne, mais que le juge désigné pouvait tout de même présider son enquête préliminaire cet après-midi-là. Or, comme le ministère public avait annulé la comparution des témoins, l'enquête préliminaire a été reportée au mois de février 2010. Peu après cet ajournement, l'avocat de la défense a écrit à sa consœur du ministère public que [TRADUCTION] « [n]ous souhaitons ardemment pouvoir faire avancer le présent dossier, qui n'a malheureusement pas pu être entendu aujourd'hui en raison de délais de natures administrative et institutionnelle. »

[5] Les parties se sont toutes présentées à la date prévue pour l'enquête préliminaire en février 2010. Un malentendu les a toutefois amenées à croire que le juge désigné et l'enquêteur n'étaient pas disponibles. L'enquête préliminaire a été reportée au mois de mai 2010.

[6] À l'enquête préliminaire, les parties ont convenu que seul le plaignant témoignerait. Le ministère public et la défense étaient d'accord pour dire qu'il s'agissait du seul témoignage pertinent pour qu'il soit décidé de l'opportunité du renvoi à procès. Ils ont tous deux fait valoir au tribunal que, pour faire [TRADUCTION] « bon usage » du temps à leur disposition, le ministère public donnerait à la défense

completed in May 2010 and Mr. Williamson was committed for trial in the Superior Court of Justice.

[7] Matters in the Superior Court proceeded slowly. In October 2010, trial dates were set for December 2011. No earlier trial dates were available because Mr. Williamson had elected trial by jury in Kingston, where one of the two jury courtrooms was already monopolized by a long and high-profile multiple-murder trial.

[8] Mr. Williamson was released on bail soon after his arrest in January 2009, and he remained on bail until the start of trial in December 2011. His bail conditions were as follows: in addition to the standard conditions, he was prohibited from contacting the complainant; from being in the presence of anyone under the age of 16 without another adult present; and from seeking or maintaining active employment where such employment would require him to be in a position of trust or authority with a person under the age of 16 years.

[9] Mr. Williamson complained that his bail conditions made it difficult for him to maintain a relationship with his 13-year-old nephew. He wrote to the Crown in November 2010 to request a variation of his bail conditions to enable him to spend time alone with his nephew. The Crown opposed the request and Mr. Williamson did not pursue the matter by way of a formal application.

[10] Mr. Williamson indicated he had been suspended from his job as a teacher with pay while the charges were pending. A term of this suspension required Mr. Williamson to remain available and ready to work each day in the event that his employer required him. This left him unable to find other employment or volunteer opportunities.

l'occasion de contre-interroger les témoins policiers à l'extérieur de la salle d'audience. L'enquête préliminaire a pris fin en mai 2010 et M. Williamson a été renvoyé à procès en Cour supérieure de justice.

[7] Devant la Cour supérieure de justice, les choses ont avancé lentement. En octobre 2010, le procès a été fixé au mois de décembre 2011. Il n'était pas possible de fixer le procès à des dates plus rapprochées parce que M. Williamson avait choisi de subir son procès devant jury à Kingston, où l'une des deux salles d'audience pouvant accueillir les jurés était déjà accaparée par un long procès très médiatisé pour meurtres multiples.

[8] M. Williamson a été remis en liberté sous caution peu après son arrestation en janvier 2009 et il l'est demeuré jusqu'à l'ouverture de son procès, en décembre 2011. Ses conditions de mise en liberté sous caution étaient les suivantes : outre les conditions types, il lui était interdit de communiquer avec le plaignant, d'être en présence de toute personne âgée de moins de 16 ans en l'absence d'un autre adulte et de chercher ou de garder un emploi qui l'obligerait à être en situation de confiance ou d'autorité vis-à-vis une personne de moins de 16 ans.

[9] M. Williamson s'est plaint qu'à cause de ses conditions de mise en liberté sous caution, il lui était difficile d'entretenir une relation avec son neveu de 13 ans. Il a écrit au ministère public en novembre 2010 pour demander que ses conditions de mise en liberté sous caution soient modifiées de manière à ce qu'il puisse passer du temps seul à seul avec son neveu. Le ministère public s'est opposé à cette requête et M. Williamson n'y a pas donné suite en présentant une demande formelle.

[10] M. Williamson a indiqué avoir été suspendu avec solde de son poste d'enseignant pendant que les accusations pesaient contre lui. Une condition de cette suspension obligeait M. Williamson à rester disponible et prêt pour travailler chaque jour, au cas où son employeur aurait besoin de lui. Cela l'empêchait de trouver d'autres possibilités d'emploi ou de bénévolat.

[11] Mr. Williamson's father became ill during the time that these charges were pending, and he moved to Ottawa to care for his parents. He also stated that, though he enjoyed support from his family, friends and colleagues, he felt isolated and had difficulty maintaining relationships while he was awaiting trial. The charges against him were publicized in the media, which caused him to suffer additional stress and anxiety.

III. Judgments Below

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2011 ONSC 5930*

[12] The trial judge heard the s. 11(*b*) *Charter* application several months before the jury trial was scheduled to begin. He determined that the total length of delay from the time of the charges to the anticipated end of the trial was 35 months. The Crown and defence agreed that Mr. Williamson had not waived any of the periods of delay. The trial judge found that there were approximately eight months of inherent delay, one month of delay attributable to the Crown, and 26 months of institutional delay. Approximately 12 months of this institutional delay occurred in the Ontario Court of Justice, primarily due to the fact that the preliminary inquiry was adjourned twice. Thirteen and a half months of this institutional delay occurred in the Superior Court, chiefly due to the difficulty in scheduling a jury trial in Kingston throughout 2010 and 2011.

[13] The trial judge rejected Mr. Williamson's assertion that he had suffered actual prejudice as a result of the delay. He found that most of the negative effects that Mr. Williamson had testified to resulted from the fact of being charged or from Mr. Williamson's own decisions. The judge did, however, note that Mr. Williamson suffered stress as well as emotional and financial costs as a result of the two adjournments to the preliminary inquiry. The trial judge considered whether he should infer

[11] Le père de M. Williamson est tombé malade durant la période au cours de laquelle les accusations en cause en l'espèce étaient pendantes, et ce dernier a déménagé à Ottawa pour s'occuper de ses parents. Toujours selon M. Williamson, même s'il bénéficiait du soutien de sa famille, de ses amis et de ses collègues, il se sentait isolé et avait de la difficulté à entretenir des relations pendant qu'il attendait la tenue de son procès. Les accusations portées contre lui ont par ailleurs été diffusées dans les médias, ce qui a aggravé son stress et son anxiété.

III. Jugements des tribunaux d'instances inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2011 ONSC 5930*

[12] Le juge du procès a entendu la demande fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte* plusieurs mois avant l'ouverture prévue du procès devant jury. Il a établi que le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion anticipée du procès était de 35 mois. Le ministère public et la défense se sont entendus pour dire que M. Williamson n'avait renoncé à invoquer aucune partie du délai. Le juge du procès a conclu que le délai inhérent avait été d'environ huit mois, qu'un mois était imputable au ministère public et que le délai institutionnel avait été de 26 mois. Environ 12 mois de ce délai institutionnel se sont passés en Cour de justice de l'Ontario; ils sont la conséquence notamment des deux ajournements de l'enquête préliminaire. Treize mois et demi de ce délai se sont passés en Cour supérieure de justice; ils sont la conséquence principalement du fait qu'il était difficile de fixer un procès devant jury à Kingston tout au long de 2010 et de 2011.

[13] Le juge du procès a rejeté l'affirmation de M. Williamson selon laquelle le délai lui avait réellement porté préjudice. À son avis, la majeure partie des effets négatifs dont a parlé M. Williamson découlait de son inculpation ou de ses propres décisions. Il a toutefois fait remarquer que M. Williamson avait subi du stress ainsi qu'un préjudice émotionnel et des pertes financières par suite des deux ajournements de l'enquête préliminaire. Le juge du procès s'est par ailleurs demandé s'il devait

prejudice based on the length of the delay alone. He inferred some, but found that it was not significant.

[14] The trial judge ultimately found that Mr. Williamson had not proved an infringement of his s. 11(*b*) right, and he declined to enter a stay. Mr. Williamson was subsequently convicted of buggery, indecent assault, and gross indecency.

B. *Ontario Court of Appeal, 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231*

[15] Mr. Williamson appealed his convictions and the decision denying a stay. The Court of Appeal found that the trial judge had correctly attributed the delay, save for two months, which the Court attributed to the defence based on defence counsel's unavailability. It varied the total institutional delay to 25 months, and noted that the Crown delay was one month.

[16] The Court of Appeal agreed with the trial judge that Mr. Williamson did not establish any actual prejudice. It determined, however, that the trial judge gave insufficient weight to the inferred prejudice, given the length of the delay. The Court of Appeal had inferred prejudice for similar periods of delay in prior cases. Based on these cases, the trial judge should have inferred significant prejudice. In balancing the prejudice against society's interest in having the case heard on the merits, the Court of Appeal noted that the charges were serious, there was no actual prejudice, Mr. Williamson was on bail but "was not subject to particularly onerous restrictions" (para. 66), he was being paid his salary for the entire time the charges were pending, and there was no prejudice to his ability to make full answer and defence.

présumer l'existence du préjudice du simple fait de la longueur du délai. Il en a présumé un certain préjudice, mais estimé que celui-ci n'était pas important.

[14] Le juge du procès a conclu en dernière analyse que M. Williamson n'avait pas établi une atteinte au droit que lui garantit l'al. 11*b*) et il a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures. Plus tard, M. Williamson a été reconnu coupable de sodomie, d'attentat à la pudeur et de grossière indécence.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231*

[15] M. Williamson a interjeté appel des déclarations de culpabilité prononcées contre lui et de la décision de lui refuser l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait bien attribué le délai, sauf deux mois qui, selon elle, étaient imputables à la défense compte tenu de l'indisponibilité de son avocat. La Cour d'appel a porté à 25 mois le délai institutionnel total et signalé que le délai imputable au ministère public s'élevait à un mois.

[16] La Cour d'appel a convenu avec le juge du procès que M. Williamson n'avait pas établi qu'il avait réellement subi un préjudice. Elle a cependant décidé que, en première instance, trop peu de poids avait été accordé au préjudice présumé vu la longueur du délai. La Cour d'appel avait présumé l'existence d'un préjudice pour des délais semblables dans des causes antérieures. Étant donné cette jurisprudence, le juge du procès aurait dû présumer un préjudice important. Lorsqu'elle a mis en balance le préjudice et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond, la Cour d'appel a signalé que les accusations étaient graves; que l'accusé n'avait pas réellement subi de préjudice; que M. Williamson était en liberté sous caution, mais qu'il [TRADUCTION] « n'était pas assujetti à des restrictions particulièrement rigoureuses » (par. 66); qu'il a touché son salaire durant toute la période au cours de laquelle les accusations étaient pendantes; et qu'il n'a pas été porté atteinte à sa capacité de présenter une défense pleine et entière.

[17] The Court of Appeal nevertheless held that the trial judge erred in refusing a stay since the inferred prejudice was significant, the institutional delay exceeded the guidelines in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, the prosecution was "straightforward" (para. 67), not complex, and the defence had been diligent in attempting to move the matter to trial quickly. It found that Mr. Williamson's interest in a trial within a reasonable time outweighed society's interest in having the matter tried on its merits, and the Court of Appeal entered a stay of proceedings.

IV. Analysis

[18] This case was heard at the same time as the companion appeal in *Jordan*. The new framework for assessing whether there has been a breach of s. 11(*b*) of the *Charter* that we outlined in *Jordan*, including its transitional features, must be applied in this case to determine whether Mr. Williamson's right to be tried within a reasonable time has been infringed.

[19] As we said in *Jordan*, the first step in deciding a s. 11(*b*) application is to ascertain the total length of time between the charge and the actual or anticipated end of trial. Mr. Williamson was charged on January 7, 2009, and his trial was completed on December 20, 2011. The total delay was approximately 35.5 months.

[20] The next step is to determine whether any of this delay was waived by the defence or solely caused by the defence, and to subtract any portions of such delay. The trial judge found that Mr. Williamson did not waive any of the delay and the Court of Appeal affirmed this finding. We see no reason to interfere with this conclusion.

[21] With respect to delay caused solely by the defence, the Court of Appeal attributed it two months. The reason for this attribution requires some explanation. Mr. Williamson was committed to stand trial

[17] La Cour d'appel a néanmoins conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant d'ordonner l'arrêt des procédures, car : le préjudice présumé était important; le délai institutionnel dépassait les lignes directrices établies dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; la poursuite était [TRADUCTION] « simple » (par. 67) et non complexe; et la défense avait fait preuve de diligence en tentant de faire juger rapidement l'affaire. Selon la Cour d'appel, le droit de M. Williamson à un procès dans un délai raisonnable l'emportait sur l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond, et elle a prononcé l'arrêt des procédures.

IV. Analyse

[18] Le présent pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi connexe *Jordan*. Pour évaluer s'il y a eu atteinte au droit protégé par l'al. 11*b*) de la *Charte*, il faut appliquer en l'espèce le nouveau cadre d'analyse que nous avons exposé dans *Jordan*, y compris ses modalités transitoires, pour décider s'il y a eu atteinte au droit de M. Williamson d'être jugé dans un délai raisonnable.

[19] Comme nous l'avons mentionné dans *Jordan*, la première chose à faire pour trancher une demande fondée sur l'al. 11*b*) est d'établir le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès. M. Williamson a été inculpé le 7 janvier 2009 et son procès s'est terminé le 20 décembre 2011, ce qui donne un délai total d'environ 35 mois et demi.

[20] Il faut ensuite décider si la défense a renoncé à invoquer quelque partie que ce soit de ce délai ou en est l'unique responsable, et soustraire toute portion du délai de ce type du délai total. Le juge du procès a conclu que M. Williamson n'avait renoncé à invoquer aucune partie du délai, conclusion qu'a confirmée la Cour d'appel. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion.

[21] En revanche, la Cour d'appel a jugé qu'un délai de deux mois avait été causé uniquement par la défense et lui a imputé ce délai. Il faut expliquer le motif de cette attribution. M. Williamson a été

in the Superior Court on May 7, 2010. The parties then discussed dates for his first appearance. The clerk offered four dates: June 23, July 7, July 21, or August 4, 2010. Mr. Williamson had a family commitment, so the defence selected August 4, 2010 for the first appearance in the Superior Court. Since the court could accommodate the matter as early as June 23, the Court of Appeal attributed the delay from June 23 to August 4 to the defence.

[22] We agree with the Court of Appeal that the period from June 23 to August 4, 2010 is delay caused solely by the defence because it is time where the court was available and ready to proceed but the defence was not, and the delay was not associated with legitimate defence preparation time. However, since the period of time from June 23 to August 4, 2010 is exactly six weeks, the defence is only responsible for one and a half months of delay.

[23] Subtracting one and a half months of defence delay leaves a total delay of 34 months. This is still above the 30-month ceiling established in *Jordan* for cases going to trial in the superior court. The delay is therefore presumptively unreasonable. The Crown bears the onus of showing that the delay is reasonable, having regard to the presence of exceptional circumstances. The record does not disclose any delay caused by discrete, exceptional circumstances in this case, and the case does not remotely qualify as exceptionally complex.

[24] However, since Mr. Williamson was charged before the release of *Jordan*, we must consider whether the transitional exceptional circumstance applies. As we said in *Jordan*, the transitional exceptional circumstance will apply when the Crown satisfies the court that the time the case has taken is justified based on the previous legal framework, upon which the parties reasonably relied. The assessment is necessarily contextual, and should account for the manner in which that framework was applied.

renvoyé à procès en Cour supérieure de justice le 7 mai 2010. Les parties ont ensuite discuté des dates auxquelles il pourrait comparaître pour la première fois. Le greffier a proposé quatre dates : le 23 juin, les 7 et 21 juillet et le 4 août 2010. Puisque M. Williamson avait un empêchement familial, la défense a choisi le 4 août 2010 comme date de sa première comparution en Cour supérieure de justice. Comme ce tribunal pouvait traiter l'affaire dès le 23 juin, la Cour d'appel a imputé à la défense la période du 23 juin au 4 août.

[22] À l'instar de la Cour d'appel, nous estimons que la période du 23 juin au 4 août 2010 constitue un délai causé uniquement par la défense puisque la cour était alors disponible et prête à procéder, mais pas la défense, et qu'il ne s'agissait pas d'une période de préparation légitime pour la défense. Cependant, puisque la période du 23 juin au 4 août 2010 est d'exactement six semaines, la défense n'est responsable que d'une portion d'un mois et demi du délai total.

[23] Après avoir soustrait le délai d'un mois et demi imputable à la défense, il reste un délai total de 34 mois. Cela qui dépasse toujours le plafond de 30 mois établi dans *Jordan* pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Le délai est donc présumé déraisonnable. Il incombe au ministère public de démontrer que le délai est raisonnable compte tenu de circonstances exceptionnelles. En l'espèce, le dossier ne révèle aucun délai causé par une circonstance exceptionnelle et distincte, et l'affaire ne peut aucunement être qualifiée d'exceptionnellement complexe.

[24] Cela dit, puisque M. Williamson a été inculpé avant le prononcé de *Jordan*, nous devons nous demander s'il y a lieu d'appliquer la mesure exceptionnelle transitoire. Comme nous l'avons expliqué dans *Jordan*, une telle mesure s'applique lorsque le ministère public convainc le tribunal que le temps qu'il a fallu pour instruire l'affaire est justifié suivant le cadre d'analyse applicable auparavant sur lequel se sont raisonnablement fondées les parties. L'analyse est nécessairement contextuelle, et elle doit tenir compte de la manière dont ce cadre d'analyse a été appliqué.

[25] In our view, although this is a close case, the transitional exceptional circumstance does not apply and, therefore, the delay is unreasonable. A variety of factors support this conclusion.

[26] First, the case against Mr. Williamson was straightforward. It involved the evidence of one complainant, one police officer, a videotaped police interview of Mr. Williamson, and the testimony of Mr. Williamson himself. His trial ultimately took 13 days — six days for pre-trial applications (two of which were devoted to the s. 11(*b*) application), and seven days for the trial proper. This was by no means a complex case. Indeed, the trial judge estimated the total inherent time requirements of the case as being approximately eight months.

[27] Second, the 25-month institutional delay found by the Court of Appeal exceeded the upper end of the *Morin* guidelines by roughly seven months. Specifically, in the Provincial Court, Mr. Williamson twice attended preliminary hearing dates, only to be turned away because of scheduling issues — even though the Crown appears to have been aware of some of them in advance. The trial judge was rightly concerned about the loss of the two preliminary inquiry dates, about which he wrote: "The accused and his lawyer travelled from Ottawa on both of these dates without prior notice that the proceedings would be adjourned. This is most unfortunate and of concern to this court and relevant to the s. 11(b) application" (para. 14 (CanLII)). All told, it took approximately a year to complete the preliminary inquiry.

[28] In the Superior Court, while it was reasonable to expect some additional delay in scheduling the trial due to the shortage of jury trial courtroom time in Kingston, the Crown appears to have been content to accept the resulting institutional delay, demonstrating no effort to mitigate it. This is

[25] À notre avis, même s'il s'agit d'un cas limite, le concept de mesure exceptionnelle transitoire ne s'applique pas en l'espèce et, par conséquent, le délai est déraisonnable. Toute une série de facteurs milite en faveur de cette conclusion.

[26] Premièrement, la poursuite intentée contre M. Williamson était simple. Il ne supposait la présentation que du témoignage d'un plaignant, de celui d'un policier, de la bande vidéo de l'interrogatoire de M. Williamson par les policiers et du témoignage de l'accusé lui-même. En fin de compte, son procès a duré 13 jours — six jours consacrés aux demandes préliminaires (dont deux à la demande fondée sur l'al. 11*b*), et sept jours consacrés au procès en tant que tel. Ce dossier n'avait strictement rien d'un cas complexe. D'ailleurs, le juge du procès a estimé que le délai inhérent total à la cause était d'environ huit mois.

[27] Deuxièmement, les 25 mois que la Cour d'appel a qualifiés de délai institutionnel ont dépassé d'environ sept mois la limite supérieure de la fourchette prévue par les lignes directrices dans *Morin*. Plus précisément, en cour provinciale, M. Williamson s'est présenté au palais de justice à deux dates distinctes pour son enquête préliminaire uniquement pour être informé que sa cause ne procéderait pas pour des contraintes d'horaire, et ce, même si le ministère public semble avoir été au courant à l'avance de certaines d'entre elles. Le juge du procès a eu raison de s'en faire quant à ces deux remises au sujet desquelles il a écrit : [TRADUCTION] « L'accusé et son avocat se sont déplacés d'Ottawa à ces deux occasions sans avoir été avertis que la procédure serait reportée. Cette situation est des plus regrettables, elle préoccupe la cour et elle est pertinente pour la demande fondée sur l'al. 11b) » (par. 14 (CanLII)). Tout compte fait, il a fallu que s'écoule environ une année avant que l'enquête préliminaire ne soit terminée.

[28] En Cour supérieure, même s'il était raisonnable de s'attendre à un délai supplémentaire avant que la date de procès ne puisse être fixée — puisqu'il manquait de salle d'audience pour un procès devant jury à Kingston — le ministère public semble s'être accommodé du délai institutionnel

particularly troubling because significant delay had already elapsed in bringing this matter to trial: the problems in the Superior Court transpired directly following the considerable difficulties experienced in the Provincial Court. In this regard, we note that for pre-trial applications — which consumed about half of the total trial time — a jury courtroom was not required. The record does not disclose whether the Crown could have been successful if it had attempted to expedite the trial. However, the point is simply that the Crown made no effort. As the Court of Appeal wrote, "the Crown . . . [did not take] seriously the obligation to bring this relatively straightforward case to trial in a reasonable time" (para. 67).

[29] Third, the Crown's lack of initiative is in contrast to Mr. Williamson's repeated efforts to expedite the proceedings. As mentioned, defence counsel wrote to Crown counsel after the preliminary inquiry was first adjourned in November 2009, stating that the defence was anxious to move forward with the matter. Defence counsel raised the delay issue again when the preliminary inquiry was adjourned a second time in February 2010. Further, the defence sought earlier dates for the preliminary inquiry, indicating its desire to move forward expeditiously. The defence also cooperated with the Crown to streamline the evidence and to use court time efficiently during the preliminary inquiry. All of these facts demonstrate that, as the Court of Appeal observed, "the defence was diligent in attempting to move the matter along" (para. 67).

[30] Ultimately, we agree with the Court of Appeal that, while the s. 11(*b*) question in this case is "very difficult" (para. 64), looking at the big picture, the previous state of the law cannot justify the nearly three years it took to bring Mr. Williamson to trial on relatively straightforward charges. As the Court of Appeal observed, while the crimes committed by Mr. Williamson are very serious, "the

et n'avoir fait aucun effort pour l'atténuer. Cela est d'autant plus troublant qu'un délai important s'était déjà écoulé avant que ne s'ouvre le procès : les problèmes qui se posaient en Cour supérieure de justice sont devenus manifestes tout de suite après que les difficultés soient survenues en cour provinciale. À cet égard, nous notons que les requêtes préalables au procès — qui ont pris environ la moitié de la durée totale du procès — auraient pu être entendues ailleurs que dans une salle d'audience prévue pour les procès avec jury. Rien au dossier ne permet de savoir si le ministère public aurait réussi à accélérer la tenue du procès s'il avait tenté de le faire. Quoi qu'il en soit, le fait est qu'il n'a fait aucun effort en ce sens. Comme l'a écrit la Cour d'appel, [TRADUCTION] « le ministère public [. . .] [n'a pas pris] au sérieux l'obligation d'instruire cette cause relativement simple dans un délai raisonnable » (par. 67).

[29] Troisièmement, le laxisme du ministère public contraste avec les efforts répétés de M. Williamson pour accélérer les procédures. Comme nous l'avons mentionné, l'avocat de la défense a écrit au ministère public après le premier report de l'enquête préliminaire en novembre 2009, et a précisé que la défense souhaitait ardemment que le dossier avance. Il a de nouveau soulevé la question du délai lors du deuxième report de l'enquête préliminaire en février 2010. En outre, la défense a cherché à obtenir des dates plus rapprochées pour l'enquête préliminaire, et exprimé le souhait que le dossier procède avec diligence. Elle a aussi coopéré avec le ministère public pour réduire le volume de la preuve et pour que le temps de présence en cours soit utilisé efficacement durant l'enquête préliminaire. Tous ces faits démontrent que, comme l'a noté la Cour d'appel, [TRADUCTION] « la défense a fait preuve de diligence lorsqu'elle a tenté de faire avancer le dossier » (par. 67).

[30] Enfin, nous souscrivons à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle, s'il est certes [TRADUCTION] « très difficile » en l'espèce de trancher la question fondée sur l'al. 11*b*) (par. 64), si on tient compte de l'ensemble de la situation, l'état antérieur du droit ne peut justifier qu'il ait fallu près de trois ans pour faire subir son procès à M. Williamson qui faisait pourtant l'objet d'accusations relativement simples.

balance weighs in favour of [his] interests in a trial within a reasonable time, over the societal interest in a trial on the merits" (para. 68). Although Mr. Williamson did not suffer significant prejudice, the case was simple, the Crown did little to combat the substantial institutional delay that plagued the prosecution, and Mr. Williamson was reasonably proactive in attempting to move the matter along. Not even the absence of significant prejudice to Mr. Williamson's *Charter*-protected interests can stretch the bounds of reasonableness this far.

Comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, s'il est vrai que les crimes commis par M. Williamson sont très graves, « la balance penche en faveur [de son] droit à un procès dans un délai raisonnable plutôt qu'en faveur de l'intérêt qu'a la société à ce qu'il soit jugé sur le fond » (par. 68). Même si M. Williamson n'a pas subi de préjudice important, la cause était simple, le ministère public n'a fait que très peu pour atténuer le long délai institutionnel qui empoisonnait la poursuite et M. Williamson a été raisonnablement proactif pour tenter de faire avancer le dossier. Pas même le fait que les droits de M. Williamson protégés par la *Charte* n'aient pas été substantiellement atteints ne peut faire reculer à ce point les limites du caractère raisonnable.

[31] Before concluding, we wish to comment briefly on our colleague Justice Cromwell's use of the following two factors to justify his conclusion: Mr. Williamson's guilt; and the seriousness of his offences.

[31] Avant de conclure, nous souhaitons formuler quelques brefs commentaires quant à l'utilisation que fait notre collègue des deux facteurs suivants pour fonder sa conclusion : la culpabilité de M. Williamson et la gravité des crimes qu'il a commis.

[32] At the beginning of his reasons, Cromwell J. references Mr. Williamson's guilt (paras. 43-44). This is troubling, as the ultimate question of guilt or innocence has *nothing* to say about whether the time taken to try him was reasonable. At the time of his s. 11(*b*) application, Mr. Williamson was presumptively innocent. It is wrong to give after-the-fact effect to his convictions when the only question presented by this appeal is whether his right to be tried within a reasonable time was infringed at the time the application was brought.

[32] Au début de ses motifs, le juge Cromwell fait référence à la culpabilité de M. Williamson (par. 43-44). Cela est troublant, puisque la question ultime de sa culpabilité ou de son innocence n'a *aucun* rapport avec le fait de savoir si le temps qu'il a fallu pour tenir son procès était ou non raisonnable. Au moment où il a présenté sa demande fondée sur l'al. 11*b*), M. Williamson était présumé innocent. C'est commettre une erreur que de donner une portée après le fait aux déclarations de culpabilité qui ont été prononcées contre lui lorsque la seule question portée en appel devant nous est celle de savoir si le droit qui est garanti à M. Williamson de subir son procès dans un délai raisonnable avait été violé au moment où sa demande a été présentée.

[33] Our colleague's analysis also demonstrates the difficulties that stem from considering the seriousness of the offence as an analytical factor in the s. 11(*b*) analysis.

[33] L'analyse que fait notre collègue illustre en outre les difficultés qui découlent de la prise en compte de la gravité de l'infraction comme facteur d'analyse dans le contexte d'une demande fondée sur l'al. 11*b*).

[34] First, a person's right to a trial within a reasonable time cannot be diminished based solely on the nature of the charges he or she faces. As this

[34] Premièrement, le droit garanti à une personne d'être jugé dans un délai raisonnable ne peut être restreint uniquement sur le fondement de la nature

Court wrote in *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 40, "*Charter* protections must be construed so as to apply to everyone, even those alleged to have committed the most serious criminal offences." Many appellate courts across the country, including this one, have stayed serious charges, even when the total delay (minus defence delay) was *less* than that in this appeal.[1]

[35] In this regard, we note that s. 11(*b*) guarantees the right "to be tried within a reasonable time". It does not admit of gradients of reasonableness where the charges are serious. For example, it does not guarantee the right to be tried within "somewhat longer" than a reasonable time, or within a time that is "excessive but not so long as to be clearly unreasonable" when the charges are serious (Cromwell J., at paras. 43 and 80). Delay is either unreasonable, or it is not. As a result, our point of departure with our colleague is on what we consider reasonable. In short, we have different perspectives on a subjective standard.

[36] Second, while our colleague uses the seriousness of the offence to dilute the constitutional right to a trial within a reasonable time, we consider that the *Charter* right is respected, and the public

[1] See, e.g., *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3 (charges of sexual assault, unlawful confinement and threatening death, when the total delay, comprised of largely Crown and institutional delay, was roughly 30 months); *R. v. D. (R.)*, 2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28 (charges against the father of the alleged victim of sexual assault and touching a person under the age of 14 for a sexual purpose, with a total delay of 28.5 months); *R. v. MacPherson*, 2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428 (charges relating to two armed robberies, with a total delay of 20.5 months); *R. v. Scott*, 2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310 (charges of sexual assault and sexual interference involving a child, with a total delay (excluding defence delay) of 31 months); *R. v. MacMunn*, 2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242 (charges of accessing, possessing and making child pornography, with a total delay of 27.5 months).

des accusations portées contre elle. Comme la Cour l'a écrit dans *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 40, « [l]es protections garanties par la *Charte* doivent être interprétées de façon à s'appliquer à tous, même à ceux qui sont accusés d'avoir commis les infractions criminelles les plus graves. » De nombreuses cours d'appel de partout au pays, y compris la Cour, ont ordonné l'arrêt de procédures relatives à des accusations graves, même lorsque le délai total (moins celui attribuable à la défense) était *inférieur* au délai dont il est question dans le présent appel[1].

[35] À cet égard, nous soulignons que l'al. 11*b*) garantit le droit « d'être jugé dans un délai raisonnable ». Il n'autorise pas l'application de divers degrés de raisonnabilité lorsque les accusations sont graves. Par exemple, il ne garantit pas le droit d'être jugé dans un délai qui a « quelque peu dépassé » ce qui aurait été un délai raisonnable, ou dans un délai qui est « excessif, mais pas au point d'être manifestement déraisonnable » si les accusations sont graves (le juge Cromwell, par. 43 et 80). Le délai est déraisonnable ou il ne l'est pas. Ainsi, c'est sur ce que nous estimons raisonnable que nous divergeons d'opinion avec notre collègue. Bref, nous avons des points de vue différents sur une norme subjective.

[36] Deuxièmement, notre collègue utilise la gravité de l'infraction pour diluer le droit constitutionnel à un procès dans un délai raisonnable. Or, nous sommes d'avis que le droit garanti par la *Charte* est

[1] Voir, p. ex., *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3 (accusations d'agressions sexuelles, de séquestration et de menace de mort; un cas où le délai total, composé en grande partie d'un délai attribuable au ministère public et du délai institutionnel, a été d'environ 30 mois); *R. c. D. (R.)*, 2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28 (accusations portées contre le père de la présumée victime pour agression sexuelle et pour contacts sexuels illégaux à l'endroit d'une personne âgée de moins de 14 ans; un cas où le délai total a été de 28,5 mois); *R. c. MacPherson*, 2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428 (accusations relatives à deux vols à main armée; un cas où le délai a été de 20,5 mois); *R. c. Scott*, 2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310 (accusations d'agression sexuelle et de contacts sexuels à l'endroit d'un enfant; cas où le délai total (moins le délai attribuable à la défense) a été de 31 mois); *R. c. MacMunn*, 2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242 (accusations d'accès à de la pornographie juvénile ainsi que de possession et de fabrication de documents de ce type; un cas où le délai total a été de 27,5 mois).

interest is best served, by trying serious charges on their merits in a timely fashion. These are *precisely* the cases that should be heard promptly, on the strongest possible evidence.

[37] Third, the seriousness of the offence does not sit comfortably with the notion of reasonable *time*. Some grave charges require very little time to be tried, while some less serious charges require more time.

[38] We agree with our colleague that the charges against Mr. Williamson are grave. Like the Court of Appeal, we reach our conclusion "with great reluctance" (para. 68). The victim underwent the ordeal of a criminal trial, and Mr. Williamson was eventually convicted by a jury of his peers. But as we discussed in *Jordan*, timely justice is one of the hallmarks of a free and democratic society. This case is an example of how delay works to the detriment of everyone. Conversely, timely justice accrues to the benefit of all.

V. Conclusion

[39] Whether we apply the pre-*Jordan* test or the new framework, we find that the delay is unreasonable. At nearly three years, this relatively straightforward case took far longer than it reasonably should have. We would therefore dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[40] THE CHIEF JUSTICE — Applying the revised *Morin* framework (*R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771) proposed by Cromwell J. in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631 (released concurrently), I cannot conclude that the Court of Appeal erred in entering a stay of proceedings.

respecté, et l'intérêt public le mieux servi, lorsque les accusations relatives à des crimes graves sont jugées au fond en temps utile. En effet, à notre avis, il s'agit *précisément* des causes qui devraient être entendues rapidement, et être jugées à la lumière de la meilleure preuve possible.

[37] Troisièmement, la gravité de l'infraction ne cadre pas très bien avec la notion de *délai* raisonnable. Certaines accusations pour des crimes graves peuvent être jugées en très peu de temps tandis que des accusations portant sur des crimes moins graves peuvent mettre plus de temps à faire l'objet d'une décision.

[38] Nous convenons avec notre collègue que les accusations portées contre M. Williamson sont graves. À l'instar de la Cour d'appel, nous tirons notre conclusion [TRADUCTION] « à contrecœur » (par. 68). La victime a dû subir l'épreuve d'un procès criminel, et M. Williamson a, en fin de compte, été déclaré coupable par un jury. Cela dit, comme nous l'avons mentionné dans *Jordan*, une justice rendue en temps utile est une des caractéristiques d'une société libre et démocratique. Le présent dossier illustre comment les délais peuvent nuire à tout un chacun. À l'inverse, tout un chacun tire avantage d'une justice rendue en temps utile.

V. Conclusion

[39] Que nous appliquions le test en vigueur avant le prononcé de l'arrêt *Jordan* ou le nouveau cadre d'analyse, nous sommes d'avis que le délai a été déraisonnable. D'une durée de près de trois ans, la présente cause relativement simple a pris beaucoup plus longtemps qu'elle n'aurait dû raisonnablement le faire. Nous sommes donc d'avis de rejeter l'appel.

Version française des motifs rendus par

[40] LA JUGE EN CHEF — En appliquant le cadre d'analyse énoncé dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, tel que propose de le réviser le juge Cromwell dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 (rendu simultanément), je ne peux conclure que la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant l'arrêt des procédures.

[41] I am not persuaded that the Court of Appeal erred: (1) in assessing the total institutional and Crown delay at 26 months (yielding an "excess delay" of at least 8 months); or (2) in holding that the Crown bears the burden of showing that despite docket delay, it took or even considered feasible steps to bring the case to trial within a reasonable time. Nor am I persuaded that societal interests justify the delay. As this Court has stated repeatedly, all accused persons — even those charged with heinous criminal offences — benefit from the guarantees of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[42] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Cromwell, Wagner and Gascon JJ. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[43] The majority of the Court finds that Kenneth Gavin Williamson, a person convicted by a jury of sexually abusing a child, must go free because his trial took somewhat longer than what would have been a reasonable time. This case is, as the majority notes, a close one; it is close in the sense that the delay was excessive — the case took longer than it should have — but that excessive delay is not clearly unreasonable. In short, this is the sort of case in which a balancing of interests is critical in assessing unreasonable delay. But even in a close case like this one, the new framework developed by the majority in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, released concurrently, does not allow for consideration of the strong societal interest in resolving these serious charges on their merits. The new framework does not permit the sort of balancing of interests that is inherent in the concept of reasonableness. In my respectful view, the Constitution

[41] Je ne suis pas convaincue que la Cour d'appel a commis une erreur : (1) en estimant à 26 mois le total du délai institutionnel et du délai imputable au ministère public (ce qui correspond à un « délai excédentaire » d'au moins 8 mois), ou (2) en concluant qu'il incombe au ministère public de démontrer que, en dépit du délai découlant d'un rôle surchargé, il a pris ou même considéré prendre les mesures envisageables pour que le dossier soit entendu dans un délai raisonnable. Je ne suis pas convaincue non plus que l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit entendue au fond justifie le délai. Comme la Cour l'a répété à maintes reprises, toutes les personnes accusées — même celles accusées d'infractions criminelles odieuses — doivent pouvoir jouir des droits que leur garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[42] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Version française des motifs des juges Cromwell, Wagner et Gascon rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[43] Une majorité des juges de la Cour conclut que Kenneth Gavin Williamson, une personne reconnue coupable par un jury d'avoir agressé sexuellement un enfant, doit être libéré parce que la durée de son procès a quelque peu dépassé ce qui aurait constitué un délai raisonnable. Comme le signalent les juges majoritaires, la présente affaire n'est pas facile à trancher; c'est un cas limite dans le sens où le délai était excessif — la cause a pris plus de temps qu'elle n'aurait dû pour être instruite —, mais ce délai n'est pas clairement déraisonnable. Bref, il s'agit du type de cause où il est crucial de procéder à une mise en balance des différents droits pour juger du caractère raisonnable ou non du délai. Or, même dans un cas difficile à trancher comme celui en l'espèce, le nouveau cadre d'analyse élaboré par mes collègues majoritaires dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, rendu simultanément, ne permet pas de prendre en considération le grand intérêt qu'a

does not mandate this sort of analysis or require the result it produces in this appeal.

[44] Mr. Williamson, the respondent on this Crown appeal, was convicted by a jury of buggery, indecent assault, and gross indecency. The offences involved "gross sexual misconduct" by Mr. Williamson when he was 26 years old against a 12-year-old complainant with whom Mr. Williamson was in a "big brother" type relationship: 2011 ONSC 5930, at para. 66 (CanLII). The alleged abuse involved multiple forced sexual acts that occurred repeatedly over a "significant period of time": *ibid.* At the time in question, Mr. Williamson was assigned to be a mentor-advocate to the complainant through a juvenile diversion program.

[45] The Court of Appeal set aside these convictions and entered a judicial stay of proceedings: 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231. The court concluded that, contrary to the view of the trial judge, Mr. Williamson's right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a trial within a reasonable time had been violated. The trial took about five months longer than it reasonably should have and the trial judge found as a fact that Mr. Williamson had not suffered any actual prejudice.

[46] The Crown appeals. The only issue in this Court concerns unreasonable delay.

[47] In my respectful view, the Court of Appeal erred in law in reversing the trial judge's conclusion that this trial was conducted within a reasonable time. I would therefore set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the convictions entered at trial.

la société à ce que les accusations graves de cette nature soient tranchées au fond. Le nouveau cadre d'analyse exclut le type de mise en balance des intérêts qui est inhérente à la notion du caractère raisonnable. À mon avis, la Constitution ne commande pas ce genre d'analyse ni n'exige le résultat qu'elle entraîne en l'espèce.

[44] M. Williamson, l'intimé au présent pourvoi interjeté par le ministère public, a été reconnu coupable par un jury de sodomie, d'attentat à la pudeur et de grossière indécence. Les infractions ont trait à une inconduite sexuelle grave commise par M. Williamson, alors âgé de 26 ans, sur un plaignant de 12 ans auprès de qui il jouait en quelque sorte le rôle de [TRADUCTION] « grand frère » : 2011 ONSC 5930, par. 66 (CanLII). Les sévices reprochés consistaient en de multiples actes sexuels de nature coercitive commis à répétition pendant une « longue période » : *ibid*. À l'époque, M. Williamson était jumelé en tant que mentor-conseiller au plaignant par le truchement d'un programme de déjudiciarisation pour adolescents.

[45] La Cour d'appel a annulé ces déclarations de culpabilité et prononcé l'arrêt des procédures : 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231. Elle a conclu que, contrairement à ce qu'en a pensé le juge du procès, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti à M. Williamson par la *Charte canadienne des droits et libertés* avait été violé. Le procès a duré environ cinq mois de plus que ce qui aurait été raisonnable et le juge du procès a tiré la conclusion de fait que M. Williamson n'avait pas réellement subi de préjudice.

[46] Le ministère public se pourvoit en appel. La seule question dont la Cour est saisie concerne le délai déraisonnable.

[47] À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en infirmant la conclusion du juge de première instance selon laquelle le procès en cause s'était déroulé dans un délai raisonnable. Je suis donc d'avis d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir les déclarations de culpabilité inscrites au procès.

II. Facts and Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[48] Justice Tranmer of the Ontario Superior Court of Justice dismissed Mr. Williamson's application for a stay of proceedings for unreasonable delay.

[49] First, he found that the relevant time period for the Williamson matter, from the initial charge to the conclusion of the trial, totalled 35 months and 15 days. He then classified the periods of delay as follows:

- Inherent requirements: 8 months (2 months, 17 days in provincial court; 5 months, 15 days in superior court)
- Defence delay: none
- Institutional delay: 26 months (12 months, 11 days in provincial court; 13 months, 20 days in superior court)
- Crown delay: 1 month, 4 days

[50] The judge attributed one month and four days to Crown delay for the period leading up to setting the preliminary inquiry and focus hearings, because the Crown delayed disclosure of two critical audiovisual recorded interviews of the complainant. He attributed the delay caused by the rescheduled preliminary inquiry to institutional delay, presumably because there was no explanation for this difficulty in scheduling. The parties agreed that the months before the hearings before the superior court were inherent delay. Tranmer J. accepted this agreement, but also wrote that two of those months "could well be attributed to the defence" given that the defence declined two earlier dates for these hearings: para. 36. He then attributed the pre-trial conference delays to inherent delay, even though the defence requested the adjournments, because Crown counsel was unavailable to attend or there was limited evidence as to Crown availability. Finally, the trial judge characterized the time frame whereupon the defence brought forward many pre-trial motions to

II. Faits et historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

[48] Le juge Tranmer, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, a rejeté la demande d'arrêt des procédures présentée par M. Williamson pour cause de délai déraisonnable.

[49] Premièrement, il a conclu que le délai pertinent d'instruction de l'affaire Williamson, soit le temps écoulé entre le dépôt des accusations et la clôture du procès, a été de 35 mois et 15 jours au total. Il a ensuite classé comme suit les parties du délai :

- Délai inhérent : 8 mois (2 mois et 17 jours en cour provinciale; 5 mois et 15 jours en cour supérieure)
- Délai imputable à la défense : aucun
- Délai institutionnel : 26 mois (12 mois et 11 jours en cour provinciale; 13 mois et 20 jours en cour supérieure)
- Délai imputable au ministère public : 1 mois et 4 jours

[50] Le juge a imputé au ministère public un délai d'un mois et quatre jours pour la période précédant la fixation des dates de l'enquête préliminaire et des audiences de préparation, parce qu'il a tardé à communiquer les enregistrements audiovisuels cruciaux de deux interrogatoires du plaignant. Le juge a qualifié de délai institutionnel le délai attribuable au report de l'enquête préliminaire, sans doute parce que ce problème d'horaire n'avait pas été expliqué. Les parties ont convenu que les mois précédant les audiences devant la cour supérieure constituaient un délai inhérent. Le juge Tranmer a accepté l'entente à cet égard, mais il a ajouté que deux de ces mois [TRADUCTION] « pourraient fort bien être imputés à la défense » vu qu'elle avait refusé deux dates plus rapprochées pour ces audiences : par. 36. Il a ensuite affirmé que les délais relatifs à la conférence préparatoire relevaient du délai inhérent même si la défense a réclamé les ajournements, parce que la procureure du ministère public n'était pas disponible ou parce que la preuve relative à la disponibilité du

institutional delay, because scheduling such motions prior to trial is "good practice" and "a necessary part of the trial scheduling as a whole": para. 44.

[51] The trial judge next considered whether Mr. Williamson had suffered prejudice. In his affidavit before the trial judge, Mr. Williamson claimed that he suffered prejudice given that he was suspended from teaching with pay and had to constantly be available on short notice in case he was called in to work, that his bail conditions negatively affected his relationship with his brother and his nephew, that he has lost touch with former colleagues having since moved to Ottawa, and that he was subject to media and professional scrutiny and now suffers from stress and emotional upset: paras. 7-10. The trial judge rejected these arguments, stating that these matters were either caused by the charge itself (not the delay), or were self-imposed.

[52] He did, however, find that the "unexpected adjournment[s]" of the preliminary inquiry were "most unfortunate and most inappropriate" on the facts before the court: para. 56. He did not, however, find that these adjournments amounted to much prejudice. He also noted that the accused had not filed any medical evidence of prejudice.

[53] Overall, the trial judge found that 35 months of delay was a sufficient basis upon which to infer prejudice to Mr. Williamson. However, this prejudice was minimized because accounts were preserved in reliable forms in this case. Overall, the trial judge concluded that Mr. Williamson had not proven actual prejudice, and that he did not suffer significant inferred prejudice.

[54] The trial judge considered the facts that the total institutional delay in this case exceeded the midpoint of the guidelines in *R. v. Morin*, [1992]

ministère public était restreinte. Enfin, le juge du procès a qualifié de délai institutionnel la période au cours de laquelle la défense a déposé de nombreuses requêtes préliminaires, parce qu'il « est indiqué » de fixer l'audition de telles requêtes avant le procès et que cela « fait nécessairement partie de la fixation dans son ensemble des dates du procès » : par. 44.

[51] Le juge du procès s'est ensuite demandé si M. Williamson avait subi un préjudice. Dans son affidavit déposé durant le procès, M. Williamson prétend avoir subi un préjudice parce qu'il a été suspendu avec solde de son poste d'enseignant et qu'il devait constamment rester disponible au cas où on lui demanderait de se présenter au travail, que ses conditions de remise en liberté sous caution ont nui à sa relation avec son frère et son neveu, et qu'il a perdu contact avec d'ex-collègues, ayant déménagé depuis à Ottawa. En outre, comme son dossier a retenu l'attention des médias et de son employeur, il affirme souffrir aujourd'hui de stress et de troubles émotifs : par. 7-10. Le juge du procès a rejeté ces arguments, affirmant que ces conditions découlaient de l'inculpation elle-même (et non du délai) ou que M. Williamson se les était imposées lui-même.

[52] Le juge a toutefois conclu que les [TRADUCTION] « ajournement[s] inattendu[s] » de l'enquête préliminaire étaient « fort regrettables et inopportuns » compte tenu des faits présentés à la cour : par. 56. Il n'a cependant pas estimé que ces reports fussent assimilables à un préjudice important. Il a également signalé que l'accusé n'avait déposé aucune preuve médicale de préjudice.

[53] Dans l'ensemble, le juge du procès a conclu qu'un délai de 35 mois constituait un motif suffisant pour déduire que M. Williamson avait subi un préjudice. Ce préjudice a toutefois été minimisé du fait que les comptes rendus avaient été conservés sous une forme fiable en l'espèce. Globalement, le juge du procès a statué que M. Williamson n'avait pas prouvé l'existence d'un préjudice réel et qu'on ne pouvait pas inférer qu'il avait subi un préjudice important.

[54] Le juge du procès a tenu compte des faits suivants : le délai institutionnel total qui, en l'espèce, a dépassé de 10 mois le milieu de la fourchette établie

1 S.C.R. 771, by 10 months, despite the relative simplicity of the case; there was no actual prejudice and no significant inferred prejudice; and the very high societal interest in protecting vulnerable children and in prosecuting serious charges against Mr. Williamson in this case. Despite being a "borderline case", the trial judge found that Mr. Williamson's s. 11(*b*) claim failed: para. 75.

B. *Ontario Court of Appeal*

[55] On appeal, Mr. Williamson argued that the trial judge erred in refusing to grant his application for a stay under s. 11(*b*). The Court of Appeal agreed, overturned the trial judge's decision, and granted him a stay.

[56] Justice Lauwers for the court re-characterized the trial judge's attributions of delay, and overall, reclassified one month as inherent instead of institutional, and two months as defence-caused instead of inherent.

[57] With respect to the period from committal to the first appearance before the Superior Court of Justice, the Court of Appeal reclassified two months of the delay to the defence. The trial judge had written that "two months could well be attributed to the defence", given that two earlier available dates before the Superior Court were declined by the defence: C.A. reasons, at para. 30.

[58] The trial judge classified all the period from setting the dates for the pre-trial applications through to the trial as institutional delay. The Court of Appeal reclassified one month of this delay as inherent delay to account for the fact that the parties had to prepare for the pre-trial motions.

[59] The Crown also argued that some of this delay should be re-characterized as defence-caused,

par les lignes directrices énoncées dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, et ce, malgré la simplicité relative du dossier; l'absence d'un préjudice réel ou de la possibilité d'inférer l'existence d'un préjudice important; le très grand intérêt de la société à protéger les enfants vulnérables et à poursuivre les accusations graves portées contre M. Williamson en l'espèce. Même s'il s'agit d'un [TRADUCTION] « cas limite », le juge du procès a conclu que la demande présentée par M. Williamson sur la base de l'al. 11*b*) ne pouvait être accueillie : par. 75.

B. *Cour d'appel de l'Ontario*

[55] M. Williamson a soutenu en appel que le juge du procès avait refusé à tort de faire droit à sa demande d'arrêt des procédures fondée sur l'al. 11*b*). La Cour d'appel lui a donné raison, a infirmé la décision du juge du procès et a prononcé l'arrêt des procédures.

[56] Le juge d'appel Lauwers a modifié la description des périodes attribuées par le juge du procès et, dans l'ensemble, il a qualifié de délai inhérent un mois qui, selon le juge du procès, constituait un délai institutionnel et imputé à la défense une période de deux mois que le juge du procès avait qualifiée de délai inhérent.

[57] Pour ce qui est de l'intervalle entre le renvoi à procès et la première comparution devant la Cour supérieure de justice, la Cour d'appel en a imputé deux mois à la défense. Le juge du procès avait écrit que [TRADUCTION] « deux mois pourraient fort bien être imputés à la défense », vu qu'elle avait refusé deux dates possibles plus rapprochées de comparution devant la Cour supérieure de justice : motifs de la C.A., par. 30.

[58] Le juge du procès avait qualifié de délai institutionnel toute la période entre l'établissement des dates d'audition des requêtes préalables au procès et le procès lui-même. La Cour d'appel a jugé pour sa part qu'un mois de cette période était un délai inhérent compte tenu de la nécessité pour les parties de se préparer à l'audition des requêtes en question.

[59] Le ministère public a également soutenu qu'une partie de ce délai devrait être imputée à la

given that the defence chose to elect trial by jury in Kingston, which had limited resources. The Court of Appeal found that the Crown should have sought alternative arrangements in response to the institutional delay caused by this election: "The Eastern Region of the Superior Court has plenty of locations and judges; the trial could have been accommodated earlier" (para. 42).

[60] The Court of Appeal found that the trial judge erred in treating the time leading up to trial as wholly institutional; some of this time should have been classified as inherent delay to account for preparation time. No evidence was tendered, however, on the issue as to defence counsel's availability for trial. Given that this was a "relatively simple case", the court attributed "virtually no time to trial preparation": para. 44.

[61] The institutional delay in this case exceeded the *Morin* guidelines by more than two months in provincial court, and by more than four months in superior court. With the added Crown delay of one month and four days, the overall excess over the guidelines was eight months. The total institutional and Crown delay was approximately 26 months: C.A. reasons, at para. 46.

[62] On the issue of prejudice, the Court of Appeal agreed with Mr. Williamson's submission that the trial judge erred in failing to appropriately weigh the inferred prejudice he suffered given the length of the delay. Given the similar delays in *R. v. Ralph*, 2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1, and *R. v. Steele*, 2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255, "it must be inferred that the appellant has experienced significant prejudice": C.A. reasons, at para. 57. The court found that the trial judge erred in finding that this delay was "not significant", citing the "exquisite agony" of awaiting trial and the stigma involved: *ibid.*

[63] The Court of Appeal balanced the high societal interest of prosecuting "especially despicable" crimes (para. 66) like those with which

défense, car elle a opté pour un procès devant jury au palais de justice de Kingston qui disposait de ressources limitées. La Cour d'appel a estimé que le ministère public aurait dû rechercher des solutions de rechange pour pallier le délai institutionnel découlant de ce choix : [TRADUCTION] « La région de l'Est desservie par la Cour supérieure de justice compte amplement de salles d'audience et de juges; le procès aurait pu se dérouler plus tôt » (par. 42).

[60] Selon la Cour d'appel, le juge du procès a considéré à tort que la période précédant le procès était entièrement de nature institutionnelle; une partie de cette période aurait dû être qualifiée de délai inhérent vu le temps de préparation. Aucune preuve n'a toutefois été produite quant à la disponibilité de l'avocat de la défense pour le procès. Comme il s'agissait d'une [TRADUCTION] « affaire relativement simple », la Cour d'appel n'a attribué « pour ainsi dire aucune période [à la] préparation en vue du procès » : par. 44.

[61] En l'espèce, le délai institutionnel a dépassé de plus deux mois en cour provinciale et de plus de quatre mois en cour supérieure les lignes directrices établies dans *Morin*. Si on ajoute à cela le délai d'un mois et quatre jours imputé au ministère public, le dépassement des lignes directrices s'élève à huit mois. Le délai institutionnel et celui imputé au ministère public totalisent environ 26 mois : motifs de la C.A., par. 46.

[62] Quant au préjudice, la Cour d'appel a retenu la prétention de M. Williamson selon laquelle le juge du procès n'avait pas apprécié comme il se doit le préjudice susceptible d'être présumé compte tenu de la longueur du délai. Vu les délais semblables dans *R. c. Ralph*, 2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1, et *R. c. Steele*, 2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255, [TRADUCTION] « il faut inférer que l'appelant a subi un préjudice important » : motifs de la C.A., par. 57. D'après la Cour d'appel, le juge du procès a estimé à tort que ce délai n'était « pas important », et elle a cité le « supplice atroce » de l'attente du procès et des stigmates qui s'y rattachent : *ibid.*

[63] La Cour d'appel a mis en balance, d'une part, le grand intérêt de la société à poursuivre les crimes [TRADUCTION] « particulièrement ignobles »

Mr. Williamson was convicted against the accused's constitutional rights: paras. 58-68. However, the court concluded that the trial judge erred in refusing a stay because the inferred prejudice suffered by Mr. Williamson was significant. The institutional and Crown delay of 26 months was not justified. The Crown did not take sufficient steps to bring this simple case to trial, while the defence was diligent in moving the proceedings along.

[64] It may be helpful to summarize the trial judge's and the Court of Appeal's conclusions respecting the various types of delay in a table:

Delay Category	Trial Judge's Totals	Court of Appeal's Totals
Intake/ Inherent Time Requirements	8 months (2 months, 17 days in provincial court; 5 months, 15 days in superior court)	7 months (2 months, 17 days in provincial court; 4 months, 15 days in superior court)
Defence Delay	None	2 months
Institutional Delay	26 months (12 months, 11 days in provincial court; 13 months, 20 days in superior court)	25 months (12 months, 11 days in provincial court; 12 months, 20 days in superior court)
Crown Delay	1 month, 4 days	1 month, 4 days

(par. 66) tels ceux dont M. Williamson a été reconnu coupable et, d'autre part, les droits constitutionnels de l'accusé : par. 58-68. Elle a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant l'arrêt des procédures puisque, selon elle, le préjudice subi par M. Williamson que l'on peut inférer a été important. Les délais institutionnel et imputé au ministère public qui totalisent 26 mois n'étaient pas justifiés. Le ministère public n'a pas pris de mesures suffisantes pour faire juger cette affaire simple, alors que la défense a fait preuve de diligence pour faire avancer le procès.

[64] Il peut être utile de résumer dans un tableau les conclusions du juge du procès et celles de la Cour d'appel au sujet des différents types de délai :

Type de délai	Totaux auxquels arrive le juge du procès	Totaux auxquels arrive la Cour d'appel
Délai préparatoire/ délai inhérent	8 mois (2 mois et 17 jours en cour provinciale; 5 mois et 15 jours en cour supérieure)	7 mois (2 mois et 17 jours en cour provinciale; 4 mois et 15 jours en cour supérieure)
Délai imputable à la défense	Aucun	2 mois
Délai institutionnel	26 mois (12 mois et 11 jours en cour provinciale; 13 mois et 20 jours en cour supérieure)	25 mois (12 mois et 11 jours en cour provinciale; 12 mois et 20 jours en cour supérieure)
Délai imputable au ministère public	Un mois et 4 jours	Un mois et 4 jours

III. Analysis

[65] The judgments in the Superior Court of Justice and the Court of Appeal, of course, did not apply the revised *Morin* framework that I set out in *Jordan*. However, those findings can fairly easily be considered within it.

A. *An Inquiry Into Delay Was Justified*

[66] I agree with the trial judge that the delay of 35.5 months from charge to the end of the scheduled trial is sufficient to trigger an inquiry as to whether the delay was unreasonable.

B. *What Is a Reasonable Time for the Disposition of a Case Like This One?*

(1) Inherent Time Requirements

[67] The trial judge identified the periods of combined inherent delay present in the provincial and superior courts as being eight months. I agree with the Court of Appeal's reclassification of some of the institutional delays as inherent, to account for the preparation involved in the pre-trial motions and for the trial.

[68] While neither court explicitly approached this calculation according to this new framework, the courts did objectively determine many of the periods of inherent delay by estimating the reasonable time for preparation given the type of case before them.

[69] I find no reason to interfere with the Court of Appeal's assessment of seven months as a reasonable period for the case to be prepared and tried.

(2) Institutional Delay

[70] This case proceeded through both provincial and superior courts in Ontario. Under the *Morin* administrative guidelines, the reasonable institutional

III. Analyse

[65] Bien entendu, la Cour supérieure de justice et la Cour d'appel n'ont pas appliqué dans leur jugement respectif le cadre de l'arrêt *Morin* révisé que j'ai énoncé dans *Jordan*. Il est cependant assez facile d'analyser leurs conclusions en fonction de ce cadre.

A. *Il était justifié d'examiner le caractère raisonnable du délai*

[66] Je conviens avec le juge du procès que l'intervalle de 35 mois et demi entre le dépôt des accusations et la conclusion prévue du procès suffit pour que l'on se demande si le délai était déraisonnable.

B. *Quel serait le délai raisonnable pour juger une affaire comme celle-ci?*

(1) Délai inhérent

[67] Le juge du procès a établi à huit mois le délai inhérent combiné au déroulement de l'instance en cour provinciale et en cour supérieure. Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle une partie du délai institutionnel est en fait un délai inhérent, compte tenu de la préparation qu'impliquent les requêtes préalables au procès et le procès lui-même.

[68] Bien que ni l'une ni l'autre cour n'ait abordé ce calcul conformément au nouveau cadre d'analyse, elles ont objectivement établi bon nombre des périodes du délai inhérent en estimant le temps raisonnable de préparation eu égard au type d'affaire dont elles étaient saisies.

[69] Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la Cour d'appel que sept mois constituent un délai raisonnable pour la préparation et l'instruction de l'affaire.

(2) Délai institutionnel

[70] La présente affaire a suivi son cours en Ontario tant devant une cour provinciale que devant une cour supérieure. Selon les lignes directrices

delays for both levels of court total between 14 and 18 months. Mr. Williamson was not in custody during any of this period of institutional delay and the trial judge did not consider the conditions of his release to be onerous. I will therefore use the upper end of the range under the guidelines for total institutional delay.

(3) Conclusion on Reasonable Time for This Case

[71] It follows that totalling the inherent time requirements and reasonable institutional delay lead to the conclusion that a reasonable period for the disposition of this type of case would be 25 months.

C. *How Much of the Delay That Actually Occurred Counts Against the State?*

[72] The trial judge determined that the disposition of Mr. Williamson's case took 35.5 months. To determine the amount of time that counts against the state we must subtract any of this period attributable to the defence and any period of unusual or unforeseen delay not fairly counted against the Crown.

(1) Delay Attributable to the Defence

[73] Both lower courts determined that there was no issue as to waiver in this case, and the parties have not raised this issue on appeal.

[74] The Court of Appeal reclassified two months of the delay as being attributable to the defence, given that the defence declined two earlier dates for these hearings. I accept the Court of Appeal's conclusion that two months should be attributed to the defence. While the Court of Appeal found that "the defence was diligent in attempting to move the matter along", this diligence was nonetheless marked by some delay attributable to the defence: para. 67.

administratives énoncées dans l'arrêt *Morin*, les délais institutionnels raisonnables pour ces deux instances se situent entre 14 et 18 mois au total. M. Williamson n'était pas incarcéré durant l'une ou l'autre partie de ce délai institutionnel et le juge du procès n'a pas estimé rigoureuses les conditions de sa libération. J'utiliserai donc la limite supérieure de la fourchette prévue par les lignes directrices pour calculer le délai institutionnel total.

(3) Conclusion sur le délai raisonnable d'instruction de la présente affaire

[71] Compte tenu de ce qui précède, la somme des délais inhérent et institutionnel raisonnables mène à la conclusion qu'une période de 25 mois constituerait un délai raisonnable pour trancher le genre d'affaire dont il est question en l'espèce.

C. *Quelle portion du délai effectivement écoulé peut-on imputer à l'État?*

[72] Le juge du procès a établi qu'il avait fallu 35 mois et demi pour juger M. Williamson. Pour déterminer la période à retenir contre l'État, nous devons soustraire de cette période tout laps de temps imputable à la défense et tout délai inhabituel ou imprévu qu'il ne serait pas juste de retenir contre le ministère public.

(1) Délai imputable à la défense

[73] Les deux juridictions inférieures ont statué que la question de la renonciation ne se posait pas en l'espèce, et les parties ne l'ont pas soulevée en appel.

[74] La Cour d'appel a imputé à la défense deux mois du délai, car elle a refusé deux dates plus rapprochées pour les audiences préliminaires. J'accepte la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle deux mois doivent être imputés à la défense. Bien que la Cour d'appel ait conclu que [TRADUCTION] « [cette dernière] a fait preuve de diligence en tentant de faire avancer le dossier », cette diligence a été mise à mal par un certain délai imputable à la défense : par. 67.

(2) Exceptional or Unavoidable Delay

[75] There is one matter to consider here. The judge assigned to preside at the preliminary inquiry on November 23, 2009 had expected to be unavailable because of a funeral: para. 18 of the trial judge's reasons. As a result, the witnesses were called off, but by mistake, the defence was apparently not advised. In the result, the judge was in fact available and was sitting; but because of other priority matters scheduled for the same time, the Williamson matter could not be dealt with in any event and was adjourned from November 23, 2009 until February 22, 2010: para. 19. While the failure to advise the defence that the matter would not proceed was improper and regrettable, this scheduling mishap, which it seems would have occurred even if the witnesses had not been called off, is the sort of exceptional delay that, in the particular and unusual circumstances disclosed in the record, should not be weighed against the state.

[76] This three-month period, in my view, should be counted as exceptional delay that is not fairly counted against the state.

D. *Was the Delay That Counts Against the State Unreasonable?*

[77] As previously stated, the reasonable time requirements of the case were 25 months. The case in fact took 35.5 months. Five of those months, however, should not be counted against the state: two months were fairly attributed to the defence and three months resulted from a scheduling issue at the preliminary inquiry stage. The difference between the 30.5 months which count against the state and the 25 months reasonably required for a case of this nature certainly requires careful consideration: it exceeds the reasonable time requirements of a case like this one by 5.5 months. While this is not an insignificant period of time, it is not clearly unreasonable and the final balancing of relevant factors is therefore critical.

(2) Délai exceptionnel ou inévitable

[75] Il convient de se pencher ici sur un élément. Le juge chargé de présider l'enquête préliminaire le 23 novembre 2009 s'attendait à devoir s'absenter pour assister à des funérailles : par. 18 des motifs du juge du procès. On a donc dit aux témoins de ne pas se présenter, mais, à cause d'une erreur, la défense n'en a apparemment pas été informée. Dans les faits, le juge était disponible et siégeait, mais comme d'autres causes prioritaires étaient inscrites au rôle à la même heure, l'affaire Williamson n'a pas pu être entendue et a été ajournée du 23 novembre 2009 au 22 février 2010 : par. 19. Certes, l'omission d'informer la défense de l'impossibilité de procéder a été inconvenante et regrettable, mais ce conflit d'horaire, qui serait vraisemblablement survenu même si les témoins n'avaient pas été avertis de ne pas se présenter, est le type de délai exceptionnel qui, dans les circonstances particulières et inhabituelles révélées par le dossier, ne devrait pas peser contre l'État.

[76] À mon avis, cette période de trois mois doit être considérée comme un délai exceptionnel qu'il serait injuste de retenir contre l'État.

D. *Le délai attribuable à l'État était-il déraisonnable?*

[77] Comme je l'ai indiqué précédemment, le délai inhérent raisonnable dans cette affaire était de 25 mois. Or, elle a en fait duré 35 mois et demi. Par contre, cinq de ces mois ne devraient pas être retenus contre l'État : deux mois ont été imputés à juste titre à la défense et trois mois ont été occasionnés par un conflit d'horaire à l'étape de l'enquête préliminaire. La différence entre les 30 mois et demi à retenir contre l'État et le délai de 25 mois raisonnablement nécessaire pour instruire une affaire de ce genre doit assurément faire l'objet d'un examen attentif : en effet, la période pertinente en cause dépasse de cinq mois et demi le délai raisonnable pour une affaire comme celle qui nous occupe. Même s'il ne s'agit pas d'une période de temps insignifiante, le délai n'a pas été clairement déraisonnable et la mise en balance finale des facteurs pertinents est donc cruciale.

[78] For the trial judge, that balancing resulted in a finding that the delay was not unreasonable. He found that the delay was not "extreme", that there was no actual prejudice, and that any "inferred" prejudice was not significant: paras. 71-72. He also found that there is a "very high societal interest in having Mr. Williamson tried on the merits for these very serious charges": para. 73. As the trial judge pointed out, Mr. Williamson began his career as a teacher in 1980, a time within the period of the charges. Those charges

> involve[d] gross sexual misconduct by an accused in his mid-twenties . . . in a position of authority, against a grade school boy, aged 10-12 years. It is alleged that the accused was in a "big brother" position with respect to the complainant. The abuse is alleged to have occurred repeatedly over a significant period of time. The abuse is alleged to include fellatio, anal penetration, simulated anal sex and other sexual activity. [para. 66]

[79] These are relevant considerations and I see no error in the judge's weighing of them. I also, with respect, see no basis for the Court of Appeal taking a different view of the matter of prejudice than the one adopted by the trial judge. The concept of "inferred prejudice", on which the Court of Appeal placed so much emphasis, is not a useful one and, in any event, the trial judge's analysis of this issue under the then-existing law contained no error.

[80] This is not to say that the societal interest in resolution on the merits can ever justify what is otherwise a clearly unreasonable delay. But in a case like this one, in which the delay is excessive but not so long as to be clearly unreasonable, it is one of the considerations that should be taken into account in the final balancing process. The jettisoning of this consideration as irrelevant is, in my view, one of the most unsatisfactory aspects of the majority's new template for assessing unreasonable delay in *Jordan*. The jurisprudence has been

[78] Pour le juge du procès, cette mise en balance a mené à la conclusion que le délai n'avait pas été déraisonnable. Il a jugé que le délai n'avait pas été [TRADUCTION] « extrême », que l'accusé n'avait pas réellement subi de préjudice, et que le préjudice « présumé » n'avait pas été considérable : par. 71-72. Il a également conclu qu'il y avait « un très grand intérêt pour la société à ce que M. Williamson soit jugé au fond pour ces accusations très graves » : par. 73. Comme l'a souligné le juge du procès, M. Williamson a commencé sa carrière de professeur en 1980, soit pendant la période visée par les accusations, lesquelles

> [TRADUCTION] concernent des actes d'inconduite sexuelle grave de la part d'un accusé âgé d'environ 25 ans [. . .] se trouvant dans une position d'autorité, à l'endroit d'un garçon, élève au primaire, et âgé de 10 à 12 ans. Il est allégué que l'accusé se trouvait dans la position d'un « grand frère » par rapport au plaignant. Il est allégué que les agressions se seraient produites de façon répétée durant une longue période. Il est allégué que les agressions auraient pris la forme notamment de fellation, de pénétration anale, de relations sexuelles anales simulées et d'autres activités sexuelles. [par. 66]

[79] Il s'agit de facteurs pertinents et, à mon avis, le juge n'a commis aucune erreur en les mettant en balance. Soit dit en tout respect, je ne vois aucune raison pour laquelle la Cour d'appel a exprimé une opinion différente de celle du juge de première instance quant à la question du préjudice. Le concept de [TRADUCTION] « préjudice présumé », sur lequel la Cour d'appel s'est abondamment appuyée, n'est pas utile et, quoi qu'il en soit, l'analyse qu'a faite le juge de première instance à ce sujet à la lumière du droit alors applicable ne contenait aucune erreur.

[80] Cela ne signifie pas pour autant que l'intérêt de la société à ce qu'une cause soit entendue au fond peut justifier ce qui serait autrement un délai manifestement déraisonnable. Cela dit, dans une cause comme celle dont nous sommes saisis, où le délai est excessif, mais pas au point d'être manifestement déraisonnable, il s'agit d'un des facteurs à prendre en considération lors de l'ultime mise en balance. L'abandon de ce facteur sous prétexte qu'il ne serait pas pertinent est, à mon sens, un des aspects les plus insatisfaisants du nouveau cadre

clear that societal interests, both those mirroring and those adverse to the interests of the accused, underlie the concept of reasonableness in assessing whether the right to trial within a reasonable time has been violated. Far from diminishing the right, this approach requires the sort of balancing that is the essence of reasonableness.

[81] Another relevant consideration, in my view, is the temporary and exceptional pressure on the dockets of both the provincial court and the superior court in Kingston at the relevant time. This was the result of a "multiple murder victim and accused case that drew upon the institutional resources": trial judge's reasons, at para. 47. The trial judge accepted this impact. No issue as to the Crown's failure to approach the Regional Senior Justice to explore other possibilities was raised before the trial judge or in the arguments advanced in the Court of Appeal. However, the Court of Appeal was critical of the Crown for the absence of an explanation for this failure.

[82] While the precise impact of this temporary and exceptional pressure on delay is not specified in the record, this sort of pressure on judicial resources is a factor that should result in the *Morin* administrative guidelines being applied flexibly. The Court of Appeal's comments about possible alternative arrangements were, in my view, both procedurally unfair to the Crown and speculative given that the trial judge had accepted the effect of the trial in question on the institutional resources in Kingston and that there was no evidence that there were any alternatives or that they could have been effective.

d'analyse préconisé par les juges majoritaires dans *Jordan* pour juger du caractère raisonnable ou non d'un délai. La jurisprudence a exprimé clairement que les droits de la société, tant ceux qui reflètent les droits de l'accusé que ceux qui s'y opposent, sous-tendent le concept du caractère raisonnable lorsqu'il s'agit d'évaluer s'il y a eu atteinte au droit à un procès dans un délai raisonnable. Loin de diminuer ce droit, la présente approche exige le type de mise en balance qui constitue l'essence du caractère raisonnable.

[81] À cela s'ajoute à mon avis un autre facteur à prendre en considération. Il s'agit des pressions temporaires et exceptionnelles exercées sur les rôles de la cour provinciale et de la cour supérieure à Kingston à l'époque pertinente. Cette situation résultait d'un [TRADUCTION] « procès pour multiples meurtres intenté contre plusieurs accusés qui a accaparé les ressources institutionnelles » : motifs du juge du procès, par. 47. Le juge du procès a accepté l'incidence qu'a eue cette situation. Jamais devant le juge du procès ni dans les observations présentées en Cour d'appel n'a-t-il été question de l'omission par le ministère public de s'adresser au Juge principal régional pour explorer des solutions de rechange. La Cour d'appel a tout de même reproché au ministère public de n'avoir fourni aucune explication pour justifier cette omission.

[82] Bien que le dossier ne précise pas l'incidence qu'ont eue au juste ces pressions temporaires et exceptionnelles sur le délai, ce type de pressions sur les ressources des tribunaux est un facteur qui devrait entraîner une application souple des lignes directrices administratives dictées par l'arrêt *Morin*. J'estime en outre que les commentaires formulés par la Cour d'appel sur les solutions de rechange possibles étaient non seulement injustes sur le plan de la procédure à l'endroit du ministère public, mais relevaient également de la conjecture, puisque le juge du procès avait accepté l'incidence du procès en question sur les ressources institutionnelles de Kingston et qu'aucun élément de preuve ne permettait de croire qu'il existait des solutions de rechange ou que, s'il y en avait eu, elles auraient pu être efficaces.

[83] Taking all of these considerations into account, I see no error in the trial judge's ultimate conclusion that the delay here was not unreasonable.

[84] The Court of Appeal asked itself whether staying these charges would be more "publicly disreputable for the administration of justice" than "tolerating an inordinate trial delay": para. 65. In my view, and with respect to the Court of Appeal's contrary conclusion, the answer to that question in this case is yes.

[85] In my respectful view, the Court of Appeal was wrong to interfere with the trial judge's conclusion that the delay in all of the circumstances of this case was not unreasonable.

IV. Disposition

[86] I would allow the appeal and restore the convictions entered at trial.

Appeal dismissed, CROMWELL, WAGNER *and* GASCON JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Hale Criminal Law Office, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Addario Law Group, Toronto.

[83] Lorsque je prends tous ces facteurs en considération, j'estime que le juge du procès n'a commis aucune erreur en tirant la conclusion ultime que le délai n'avait pas été déraisonnable.

[84] La Cour d'appel s'est demandé si le fait d'ordonner l'arrêt des procédures [TRADUCTION] « déconsidérerait davantage l'administration de la justice aux yeux du public » que le fait de « tolérer qu'un procès ait été tenu dans un délai démesuré » : par. 65. À mon avis, et soit dit en tout respect pour la conclusion contraire à laquelle en est venue la Cour d'appel en l'espèce, c'est par l'affirmative qu'il faut répondre à cette question.

[85] À mon avis, la Cour d'appel a eu tort de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle, compte tenu de l'ensemble des circonstances de la présente cause, le délai n'avait pas été déraisonnable.

IV. Dispositif

[86] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité inscrites au procès.

Pourvoi rejeté, les juges CROMWELL, WAGNER *et* GASCON *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Hale Criminal Law Office, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Addario Law Group, Toronto.

Joseph Wilson *Appellant*

v.

Atomic Energy of Canada Limited *Respondent*

and

Canadian Labour Congress, Canadian Association for Non-Organized Employees, Federally Regulated Employers — Transportation and Communications and Canadian Association of Counsel to Employers *Interveners*

Indexed as: Wilson *v.* Atomic Energy of Canada Ltd.

2016 SCC 29

File No.: 36354.

2016: January 19; 2016: July 14.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Employment law — Unjust dismissal — Dismissal without cause — Non-unionized employees — Employer terminating non-unionized employee on a without-cause basis with severance package — Employee filing unjust dismissal complaint under Canada Labour Code — Whether non-unionized employees can be lawfully dismissed without cause under Code — Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Employer terminating non-unionized employee on a without-cause basis with severance package — Employee filing unjust dismissal complaint under Canada Labour Code — Adjudicator allowing employee's complaint — Whether decision of Adjudicator reasonable — Streamlining standard of review framework — Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.

Joseph Wilson *Appelant*

c.

Énergie Atomique du Canada Limitée *Intimée*

et

Congrès du travail du Canada, Canadian Association for Non-Organized Employees, Employeurs des transports et communications de régie fédérale et Association canadienne des avocats d'employeurs *Intervenants*

Répertorié : Wilson *c.* Énergie Atomique du Canada Ltée

2016 CSC 29

N° du greffe : 36354.

2016 : 19 janvier; 2016 : 14 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Congédiement non motivé — Employés non syndiqués — Licenciement non motivé par l'employeur d'un employé non syndiqué avec indemnité de départ — Plainte pour congédiement injuste déposée par l'employé en vertu du Code canadien du travail — Le Code permet-il le congédiement non motivé des employés non syndiqués? — Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 240.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Licenciement non motivé par l'employeur d'un employé non syndiqué avec indemnité de départ — Plainte pour congédiement injuste déposée par l'employé en vertu du Code canadien du travail — Plainte de l'employé accueillie par l'arbitre — La décision de l'arbitre était-elle raisonnable? — Simplification du cadre d'analyse de la norme de contrôle — Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 240.

W worked as an Administrator for his employer for four and a half years until his dismissal in November 2009. He had a clean disciplinary record. He filed an "Unjust Dismissal" complaint, claiming that his dismissal was in reprisal for having filed a complaint of improper procurement practices on the part of his employer. In response to a request from an inspector for the reasons for W's dismissal, the employer said he was "terminated on a non-cause basis and was provided a generous dismissal package". A labour adjudicator was appointed to hear the complaint. The employer sought a preliminary ruling on whether a dismissal without cause together with a sizeable severance package meant that the dismissal was a just one. The Adjudicator concluded that an employer could not resort to severance payments, however generous, to avoid a determination under the *Code* about whether the dismissal was unjust. Because the employer did not rely on any cause to fire him, W's complaint was allowed. The Application Judge found this decision to be unreasonable because, in his view, nothing in Part III of the *Code* precluded employers from dismissing non-unionized employees on a without-cause basis. The Federal Court of Appeal agreed, but reviewed the issue on a standard of correctness.

Held (Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the decision of the Adjudicator restored.

Per Abella J.: At common law, a non-unionized employee could be dismissed without reasons if he or she was given reasonable notice or pay in lieu. In 1978, Parliament added a series of provisions to Part III of the *Canada Labour Code* under the heading "Unjust Dismissal", now found at ss. 240 to 246. This Unjust Dismissal scheme consists of expansive protections like those available to employees covered by a collective agreement and applies to non-unionized employees who have completed 12 consecutive months of continuous employment. A dismissed employee or an inspector can ask the employer for a written statement setting out the reasons for the dismissal. The employer must then provide the statement within 15 days. If an adjudicator determines that the dismissal was unjust, he or she has broad authority to grant an appropriate remedy, including requiring the employer to pay the person compensation or reinstate the person. No complaint can be considered by an adjudicator if the employee was laid off because of lack of work or the discontinuance of a function.

W a travaillé pendant quatre ans et demi comme administrateur pour son employeur avant d'être congédié en novembre 2009. Son dossier disciplinaire était vierge. Il a déposé une plainte pour congédiement injuste; selon lui, il aurait été congédié en représailles d'une plainte qu'il avait déposée à propos de pratiques irrégulières d'approvisionnement par son employeur. En réponse à la demande de l'inspecteur voulant obtenir les motifs du congédiement de W, l'employeur a précisé que W avait été « licencié sans motif et avait reçu une généreuse indemnité de départ ». Un arbitre a été nommé pour entendre la plainte. L'employeur lui a demandé de trancher d'abord la question de savoir si un congédiement non motivé assorti d'une indemnité de départ généreuse équivalait à un congédiement juste. L'arbitre a conclu que l'employeur ne peut, sous prétexte d'avoir versé une indemnité de départ — et ce quel qu'en soit le montant —, empêcher que la question du congédiement injuste soit tranchée en application du *Code*. Vu que l'employeur n'avait donné aucun motif de congédiement, la plainte de W a été accueillie. Le juge saisi de la demande a conclu au caractère déraisonnable de la sentence; à son avis, rien dans la partie III du *Code* n'empêche les employeurs de congédier leurs employés non syndiqués sans motif. La Cour d'appel fédérale était d'accord, mais a procédé au contrôle selon la norme de la décision correcte.

Arrêt (les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, et la décision de l'arbitre est rétablie.

La juge Abella : La common law permettait le congédiement non motivé d'un employé qui n'est pas syndiqué moyennant un préavis raisonnable ou une indemnité en guise et lieu de préavis. En 1978, le Parlement a greffé une série de dispositions à la partie III du *Code canadien du travail* sous le titre « Congédiement injuste ». Elles se trouvent actuellement aux art. 240 à 246. Ce régime offre des protections généreuses semblables à celles dont jouissent les employés protégés par une convention collective et vise les employés non syndiqués ayant travaillé sans interruption pendant 12 mois. L'employé congédié ou un inspecteur peut demander à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement par écrit. L'employeur dispose de 15 jours pour ce faire. Si l'arbitre conclut que le congédiement était injuste, il est investi de larges pouvoirs lui permettant d'accorder la réparation convenable, dont enjoindre à l'employeur de payer une indemnité au plaignant ou de réintégrer ce dernier dans son emploi. L'arbitre ne peut instruire la plainte si l'employé a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste.

Before this Court, as they had in the prior judicial proceedings, the parties accepted that the standard of review was reasonableness. The decisions of labour adjudicators or arbitrators interpreting statutes or agreements within their expertise attract a reasonableness standard. Applying that standard, the Adjudicator's decision was reasonable and consistent with the approach overwhelmingly applied to these Unjust Dismissal provisions since they were enacted in 1978. The fact that a handful of adjudicators have taken a different approach to the interpretation of the *Code* does not justify deviating from a reasonableness standard. The Federal Court of Appeal's position that even if a reasonableness review applied, the Adjudicator should be afforded "only a narrow margin of appreciation" because the statutory interpretation in this case "involves relatively little specialized labour insight", is improper. The reasonableness standard must be applied in the specific context under review, but to attempt to calibrate reasonableness by applying a potentially indeterminate number of varying degrees of deference within it, unduly complicates an area of law in need of greater simplicity.

Some general comments on the need for greater simplicity may be worth airing. This *obiter* on streamlining the standard of review represents an attempt to start a conversation which will ultimately benefit in future cases from submissions from counsel. Collapsing the three standards of review into two has not proven to be the runway to simplicity the Court had hoped it would be in *Dunsmuir*. The terminological battles over which of the three standards of review should apply, have been replaced by those over the application of the remaining two. That leaves the merits waiting in the wings for their chance to be seen and reviewed. This complicated entry into judicial review is hard to justify, and directs us institutionally to think about whether there is a principled way to simplify the path to reviewing the merits. The goal is to build on the theories developed in *Dunsmuir* and apply them in a way that eliminates the need to sort cases into artificial categories.

The explanation in *Dunsmuir* for changing the framework then, remains a valid explanation for why it should be changed now. Most of the confusion in the jurisprudence has been over what to call the category of review in a particular case, reasonableness or correctness. The question is whether there is a way to move

Devant la Cour comme devant les juridictions inférieures, les parties ont accepté que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Les sentences des arbitres en droit du travail chargés d'interpréter des lois ou des ententes qui relèvent de leur expertise appellent la norme de la décision raisonnable. À la lumière de cette norme, la décision de l'arbitre était raisonnable et conforme à la démarche que la très grande majorité applique à ces dispositions depuis leur adoption en 1978. Même si une poignée d'arbitres a adopté une autre démarche d'interprétation du *Code*, cela ne justifie pas que l'on s'écarte de la norme de la décision raisonnable. Le point de vue adopté par la Cour d'appel fédérale selon lequel, même si la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable, il faudrait « considér[er] que la capacité de l'arbitre d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions est limitée » parce qu'en l'espèce l'interprétation législative « suppose relativement peu de connaissances spécialisées dans le domaine du travail » n'est pas indiqué. Le caractère raisonnable est fonction du contexte particulier considéré, mais en tentant d'étalonner la norme en appliquant des degrés potentiellement indéterminés de déférence, on compliquerait indûment un domaine du droit qui a besoin d'être simplifié.

Il semble profitable d'exprimer des commentaires généraux sur la simplification nécessaire de la norme de contrôle. Un tel *obiter* sur la simplification de la norme de contrôle représente une amorce de conversation qui bénéficiera au fil du temps des observations que présenteront les avocats. Le fait de passer de trois à deux normes ne s'est pas révélé être la piste de simplicité qu'attendait la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir*. Les luttes terminologiques à propos de celle des trois normes qui devait s'appliquer ont été remplacées par des luttes sur l'application des deux normes restantes. Pendant ce temps, l'analyse au fond attend en coulisses. Il est difficile de justifier cette entrée compliquée dans le contrôle judiciaire; cette situation nous appelle à nous interroger, en tant qu'institution, sur l'existence d'un moyen de principe de simplifier la démarche menant à l'examen au fond. Le but consiste à faire fond sur les théories élaborées dans *Dunsmuir* et à les appliquer sans qu'il soit nécessaire de classer les affaires dans des catégories artificielles.

L'explication fournie dans *Dunsmuir* pour justifier le changement de cadre demeure valable aujourd'hui. La principale source de confusion dans la jurisprudence tient à l'appellation à donner à la catégorie de contrôle applicable dans un cas en particulier, soit la norme de la décision raisonnable ou celle de la décision correcte. La

forward that respects the underlying principles of judicial review which were explained in *Dunsmuir*, while redesigning their implementation in a way that makes them easier to apply.

The most obvious and frequently proposed reform of the current system is a single reviewing standard of reasonableness. Nothing *Dunsmuir* says about the rule of law suggests that constitutional compliance dictates how many standards of review are required. The only requirement, in fact, is that there *be* judicial review in order to ensure, in particular, that decision-makers do not exercise authority they do not have. There is nothing in its elaboration of rule of law principles that precludes the adoption of a single standard of review, so long as it accommodates the ability to continue to protect both deference *and* the possibility of a single answer where the rule of law demands it, as in the four categories singled out for correctness review in *Dunsmuir*.

A single standard of reasonableness still invites the approach outlined in *Dunsmuir*, namely, that it is concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. Approaching the analysis from the perspective of whether the outcome falls within a range of defensible outcomes has the advantage of being able to embrace comfortably the animating principles of both former categories of judicial review. Courts can apply a wider range for those kinds of issues and decision-makers traditionally given a measure of deference, and a narrow one of only one "defensible" outcome for those which formerly attracted a correctness review. Most decisions will continue to attract deference, as they did in *Dunsmuir*.

Even if there proves to be little appetite for collapsing the two remaining standards of review, it would still be beneficial if the template developed in *Dunsmuir* were adhered to, including by applying the residual "correctness" standard only in those four circumstances *Dunsmuir* articulated.

Returning to this case, the issue is whether the Adjudicator's interpretation of ss. 240 to 246 of the *Code* was

question qui se pose est de savoir s'il existe un moyen de respecter les principes sous-tendant le contrôle judiciaire qui avaient été expliqués dans l'arrêt *Dunsmuir* tout en facilitant leur application.

La réforme du système actuel la plus évidente et celle qui est proposée le plus souvent consiste en l'adoption d'une norme de contrôle unique, celle de la décision raisonnable. Rien de ce que la Cour dit dans l'arrêt *Dunsmuir* à propos de la primauté du droit ne laisse entendre que, pour assurer le respect des pouvoirs constitutionnels, il faut qu'il y ait un certain nombre de normes de contrôle. En fait, tout ce qui est exigé c'est qu'il y *ait* des contrôles judiciaires pour faire en sorte notamment que les décideurs administratifs n'exercent pas de pouvoirs qui ne leur sont pas impartis. Il n'y a rien dans son analyse des principes de primauté du droit qui empêcherait l'adoption d'une seule norme de contrôle, tant que cette dernière permet la déférence à l'égard du décideur *et* la possibilité de conclure, lorsque la primauté du droit l'exige, qu'il ne peut y avoir qu'une seule issue, comme dans le cas des quatre catégories de questions soumises à l'application de la norme de la décision correcte suivant *Dunsmuir*.

L'adoption d'une norme unique de la décision raisonnable appelle toujours la démarche énoncée dans *Dunsmuir*, c'est-à-dire que le caractère raisonnable tient à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Envisager l'analyse en posant la question de savoir si la décision appartient aux issues pouvant se justifier présente l'avantage de bien cadrer avec les principes qui animaient l'une et l'autre des deux anciennes catégories de contrôle judiciaire. Les cours de justice peuvent circonscrire largement la gamme des issues dans les cas où les décideurs — ou le type de questions — appelaient traditionnellement une démarche empreinte de déférence et étroitement — en reconnaissant une seule issue « pouvant se justifier » — dans les cas où les questions entraînaient auparavant l'application de la norme de la décision correcte. La plupart des décisions continueront à commander la déférence, comme l'explique la Cour dans *Dunsmuir*.

Cependant, même si la fusion des deux normes de contrôle restantes ne suscitait pas beaucoup d'appétit, il serait néanmoins bénéfique de suivre le modèle développé dans *Dunsmuir*, y compris en appliquant la norme résiduelle de la « décision correcte » seulement dans les quatre circonstances énumérées dans cet arrêt.

En l'espèce, la question en litige est celle de savoir si l'interprétation par l'arbitre des art. 240 à 246 du *Code*

reasonable. The text, the context, the statements of the Minister of Labour when the legislation was introduced, and the views of the overwhelming majority of arbitrators and labour law scholars, confirm that the entire purpose of the statutory scheme was to ensure that non-unionized federal employees would be entitled to protection from being dismissed without cause under Part III of the *Code*. The alternative approach of severance pay in lieu falls outside the range of "possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" because it completely undermines this purpose by permitting employers, at their option, to deprive employees of the full remedial package Parliament created for them. The rights of employees should be based on what Parliament intended, not on the idiosyncratic view of the individual employer or adjudicator. The Adjudicator's decision was, therefore, reasonable.

When the provisions were introduced, the Minister referred to the right of employees to fundamental protection from arbitrary dismissal and to the fact that such protection was already a part of all collective agreements. These statements make it difficult to draw any inference other than that Parliament intended to expand the dismissal rights of non-unionized federal employees in a way that, if not identically, at least analogously matched those held by unionized employees. This is how the new provisions have been interpreted by labour law scholars and almost all the adjudicators appointed to apply them, namely, that the purpose of the 1978 provisions in ss. 240 to 246 was to offer a statutory alternative to the common law of dismissals and to conceptually align the protections from unjust dismissals for non-unionized federal employees with those available to unionized employees. The new *Code* regime was also a cost-effective alternative to the civil court system for dismissed employees to obtain meaningful remedies which are far more expansive than those available at common law.

The most significant arbitral tutor for the new provisions came from the way the jurisprudence defined "Unjust Dismissal". In the collective bargaining context, "unjust dismissal" has a specific and well understood meaning: that employees covered by collective agreements are protected from unjust dismissals and can only be dismissed for "just cause". This includes an onus on employers to give reasons showing why the dismissal is justified, and carries with it a wide remedial package including reinstatement and progressive discipline. The foundational premise of the common law scheme — that

était raisonnable. Le texte, le contexte, le discours du ministre du Travail lors du dépôt du projet de loi et les avis de la très grande majorité des arbitres et auteurs en droit du travail viennent confirmer que l'objet global du régime légal consiste à assurer aux employés fédéraux non syndiqués une protection, prévue à la partie III du *Code*, contre le congédiement sans motif. L'autre interprétation, suivant laquelle le versement d'une indemnité de départ suffit, n'appartient pas aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », car elle mine complètement l'objet du régime en permettant aux employeurs, à leur choix, de priver les employés de l'ensemble intégral des mesures de réparation créées par le Parlement à leur intention. Les droits des employés doivent être fondés sur l'intention du Parlement, non sur l'avis personnel d'un employeur ou d'un arbitre. La décision de l'arbitre était donc raisonnable.

Lors du dépôt du projet de loi, le ministre a mentionné le droit des employés à une protection dont tous les travailleurs doivent bénéficier contre le congédiement arbitraire et le fait qu'une telle protection figure également dans toutes les conventions collectives. Compte tenu de telles affirmations, il est difficile de ne pas conclure que le Parlement entendait donner aux employés fédéraux non syndiqués des droits en cas de congédiement qui, s'ils ne sont pas identiques à ceux des employés syndiqués, y sont certainement analogues. Et c'est ainsi que les auteurs en droit du travail et presque tous les arbitres nommés pour appliquer les nouvelles dispositions de 1978 prévues aux art. 240 à 246 les ont interprétées : elles avaient pour objet de présenter une alternative législative aux règles de common law régissant le congédiement et d'harmoniser les mesures de protection contre le congédiement injuste offertes aux employés fédéraux non syndiqués avec celles offertes aux syndiqués. Le nouveau régime prévu par le *Code* offrait également aux employés congédiés une solution extrajudiciaire abordable leur permettant d'obtenir des réparations utiles et bien plus diversifiées que celles que prévoit la common law.

L'enseignement le plus important de la jurisprudence arbitrale à propos des nouvelles dispositions est sa définition de ce qui constitue un « congédiement injuste ». Dans le contexte de la négociation collective, le terme « congédiement injuste » a une définition précise et bien comprise : les employés visés par une convention collective sont protégés contre le congédiement injuste; ils ne peuvent être congédiés que pour une « juste cause ». Il incombe à l'employeur de fournir les motifs démontrant en quoi le congédiement est justifié, et l'employé jouit d'importantes mesures de réparation,

there is a right to dismiss on reasonable notice *without* cause or reasons — has been completely replaced under the *Code* by a regime *requiring* reasons for dismissal. In addition, the galaxy of discretionary remedies, including, most notably, reinstatement, as well as the open-ended equitable relief available, is also utterly inconsistent with the right to dismiss without cause. If an employer can continue to dismiss without cause under the *Code* simply by providing adequate severance pay, there is virtually no role for the plurality of remedies available to the adjudicator under the Unjust Dismissal scheme. Out of the over 1,740 adjudications and decisions since the Unjust Dismissal scheme was enacted, only 28 decisions have not followed this consensus approach.

The remedies newly available in 1978 to non-unionized employees reflect those generally available in the collective bargaining context. This is what Parliament intended. To infer instead that Parliament intended to maintain the common law under the *Code* regime, creates an anomalous legal environment in which the protections given to employees by statute — reasons, reinstatement, equitable relief — can be superseded by the common law right of employers to dismiss whomever they want for whatever reason they want so long as they give reasonable notice or pay in lieu. This somersaults the accepted understanding of the relationship between the common law and statutes, especially in dealing with employment protections, by assuming the continuity of a more restrictive common law regime notwithstanding the legislative enactment of benefit-granting provisions to the contrary.

The argument that employment can be terminated without cause so long as minimum notice or compensation is given, on the other hand, would have the effect of rendering many of the Unjust Dismissal remedies meaningless or redundant. Only by interpreting the Unjust Dismissal scheme as representing a displacement of the employer's ability at common law to fire an employee without reasons if reasonable notice is given, does the scheme and its remedial package make sense. That is how the 1978 provisions have been almost universally applied. It is an outcome that is anchored in parliamentary intention, statutory language, arbitral jurisprudence,

dont la réintégration dans l'emploi et des mesures disciplinaires progressives. La prémisse fondamentale du régime de common law, à savoir qu'il existe un droit de congédier un employé *sans* motif moyennant un préavis raisonnable, a été remplacée complètement par un régime prévu dans le *Code exigeant* que le congédiement soit motivé. En outre, la constellation des réparations à la disposition de l'arbitre — notamment la réintégration dans l'emploi et les autres mesures équitables qu'il peut accorder — est incompatible avec un tel droit. Si l'employeur était autorisé par le *Code* à congédier un employé sans motif à la seule condition qu'il verse à ce dernier une indemnité de départ adéquate, la pluralité des réparations que met le régime de congédiement injuste à la disposition de l'arbitre ne servirait pratiquement à rien. Parmi plus de 1740 sentences arbitrales et décisions rendues depuis l'adoption du régime de congédiement injuste, seulement 28 décisions n'ont pas suivi cette démarche faisant consensus.

Les nouveaux recours prévus à l'intention des employés non syndiqués dès 1978 reprennent ceux qui existent généralement dans le contexte de la négociation collective. C'est ce que le Parlement entendait. Si, au contraire, le Parlement avait eu l'intention de maintenir les règles de common law parallèlement au régime prévu par le *Code*, il en résulterait une situation juridique incongrue : les protections conférées par une loi aux employés — motif du congédiement, réintégration dans l'emploi et mesures équitables de réparation — pourraient être supplantées par le droit de l'employeur, prévu par la common law, de congédier n'importe qui pour n'importe quel motif à condition qu'il donne un préavis raisonnable ou verse une indemnité en guise et lieu de préavis. Une telle inférence bouleverse la conception du rapport entre la common law et les lois, tout particulièrement en ce qui a trait à la protection des employés, car elle signifierait qu'un régime de common law plus restrictif serait maintenu malgré l'adoption de dispositions légales contraires conférant des avantages.

L'argument selon lequel il peut être mis fin à l'emploi sans motif moyennant le préavis minimal ou l'indemnité en guise et lieu de préavis aurait, en revanche, pour effet de rendre inutiles les réparations à l'encontre du congédiement injuste. C'est seulement en concluant que le régime de congédiement injuste a écarté le droit que la common law reconnaît à l'employeur de congédier un employé sans motif moyennant le préavis raisonnable que le régime et ses réparations se tiennent. C'est ainsi que les dispositions de 1978 ont presque toujours été interprétées. Cette interprétation est fondée sur l'intention du Parlement, le libellé de la loi, la jurisprudence arbitrale et les

and labour relations practice. To decide otherwise would fundamentally undermine Parliament's remedial purpose.

Per McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The standard of review in this case is reasonableness and the Adjudicator's decision was reasonable and should be restored. Justice Abella's disposition of the appeal on the merits and her analysis of the two conflicting interpretations of the Unjust Dismissal provisions of the *Code* are agreed with. Although her efforts to stimulate a discussion on how to clarify or simplify the standard of review jurisprudence are appreciated, it is unnecessary to endorse any particular proposal to redraw the current standard of review framework at this time.

Per Cromwell J.: The standard of review in this case is reasonableness and the Adjudicator's decision was reasonable. The appeal should be allowed and the decision of the Adjudicator restored for the reasons given by Abella J. Reasonableness is a single standard and must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors. Developing new and apparently unlimited numbers of gradations of reasonableness review — the margins of appreciation approach created by the Federal Court of Appeal — is not an appropriate development of the standard of review jurisprudence. However, the standard of review jurisprudence does not need yet another overhaul and the approach developed by Abella J. in *obiter* is disagreed with.

Per Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting): This case exposes a serious concern for the rule of law posed by presumptively deferential review of a decision-maker's interpretation of its home statute. In the specific context of this case, correctness review is justified. To conclude otherwise would abandon rule of law values in favour of indiscriminate deference to the administrative state.

For decades, labour adjudicators across the country have come to conflicting interpretations of the unjust dismissal provisions of Part III of the *Canada Labour Code*. These conflicting interpretations go to the heart of the federal employment law regime, and can in theory, persist

pratiques dans le domaine des relations du travail. Toute autre conclusion contredit fondamentalement l'intention du Parlement, qui est d'apporter une solution de droit.

La juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon : La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable; la décision de l'arbitre était raisonnable et il convient de la rétablir. Il y a accord sur la solution que propose la juge Abella pour trancher le pourvoi au fond et sur son analyse des deux interprétations contradictoires à l'égard des dispositions du *Code* sur le congédiement injuste. Bien que ses efforts en vue de stimuler la discussion sur le moyen de clarifier ou de simplifier la jurisprudence sur la norme de contrôle soient reconnus, il n'est pas nécessaire pour l'instant de souscrire à une quelconque proposition de réforme du cadre actuel relatif à la norme de contrôle.

Le juge Cromwell : La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, et la décision de l'arbitre était raisonnable. L'appel doit être accueilli, et la décision de l'arbitre rétablie, pour les motifs exprimés par la juge Abella. La norme de la décision raisonnable constitue une norme unique, et le caractère raisonnable s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents. Ouvrir la porte au contrôle judiciaire selon une norme de la décision raisonnable repensée et caractérisée par des degrés de contrôle apparemment illimités — la démarche de la marge d'appréciation élaborée par la Cour d'appel fédérale — ne constitue pas une évolution souhaitable de la jurisprudence en la matière. Toutefois, une autre réforme fondamentale de la jurisprudence sur la norme de contrôle n'est pas nécessaire, et il y a désaccord sur la démarche préconisée par la juge Abella en *obiter*.

Les juges Moldaver, Côté et Brown (dissidents) : La présente affaire soulève de sérieuses questions relatives au respect du principe de la primauté du droit en raison de la présomption voulant que la déférence s'impose dès qu'il s'agit du contrôle de l'interprétation, par un décideur, de sa propre loi constitutive. Dans le contexte spécifique du présent dossier, la norme de la décision correcte est celle qui doit être appliquée. Conclure le contraire revient à abandonner la primauté du droit au bénéfice d'une déférence aveugle à l'Administration.

Pendant des décennies, les arbitres du travail dans tout le pays ont proposé des interprétations contradictoires des dispositions de la partie III du *Code canadien du travail* relatives au congédiement injuste. Ces interprétations contradictoires vont à l'essence même du régime

indefinitely. The simultaneous existence of these conflicting interpretations undermines the rule of law by compromising the cardinal values of certainty and predictability. This state of affairs creates the risk that the *very same* federally regulated employer might be subjected to conflicting legal interpretations regarding whether it can or cannot dismiss an employee without cause. The existence of lingering disagreements amongst decision-makers also undermines the very basis for deference. Where there is lingering disagreement on a matter of statutory interpretation between administrative decision-makers, and where it is clear that the legislature could only have intended the statute to bear one meaning, correctness review is appropriate.

While the constructive spirit in which Abella J.'s revisions to the standard of review are proposed in *obiter dicta* is appreciated, it is preferable to confine any statement regarding what is already the subject of a peripatetic body of jurisprudence to a judicial pronouncement.

Sections 240 to 245 of the *Code* create a mechanism for employees to challenge the lawfulness of their dismissal. Employees who are covered by a collective agreement have a similar procedural option to grieve the lawfulness of their dismissals. This procedure is more efficient than a civil action, since it involves less stringent evidentiary rules, an expert adjudicator who is well versed in the factual nuances of employment relationships, and a stricter timeline than a court action. It is a time- and cost-effective method of resolving employment disputes that provides an alternative to judicial determination. Additional remedies are available to employees who choose to use the unjust dismissal provisions. In this way, the unjust dismissal provisions of the *Code* increase access to justice for federal employees who are dismissed from their employment.

But a procedural mechanism that increases access to justice does not, in and of itself, fundamentally alter the legal basis of the federally regulated employment relationship. This procedural mechanism — access to which is dependent on the discretion of the Minister — is not the exclusive means by which a federal employee may challenge the lawfulness of a dismissal. Parliament has expressly preserved the continuing jurisdiction of the civil courts to decide the lawfulness of the dismissal, though the civil courts apply the common law of wrongful dismissal rather than the unjust dismissal provisions of the *Code*. An employee is always entitled to challenge the lawfulness of a dismissal in the civil courts, irrespective of whether the employee first chooses to resort to the unjust

fédéral du droit du travail et sont susceptibles, en théorie, de durer indéfiniment. L'existence simultanée de ces interprétations contradictoires mine la primauté du droit en compromettant les valeurs fondamentales que sont la certitude et la prévisibilité. Cette situation crée le risque que le *même* employeur régi par la législation fédérale soit assujetti à des interprétations législatives contradictoires sur son habilité à congédier sans motif un employé. L'existence de divergences persistantes entre les décideurs compromet également la raison d'être même de la déférence. En présence de divergences persistantes entre des décideurs administratifs concernant l'interprétation d'une loi à laquelle le législateur voulait manifestement ne donner qu'un seul sens, c'est la norme de la décision correcte qui doit être appliquée.

L'esprit constructif qui sous-tend la réforme de la norme de contrôle que propose la juge Abella en *obiter dicta* est louable, mais il est préférable de réserver toute discussion portant sur cette matière ayant déjà fait couler beaucoup d'encre à une décision judiciaire.

Les articles 240 à 245 du *Code* créent un mécanisme permettant à l'employé de contester la légalité de son congédiement. Les employés visés par une convention collective disposent d'un mécanisme semblable, celui du grief, pour contester la légalité de leur congédiement. Cette procédure est plus efficiente qu'un recours civil : les règles de preuve sont moins strictes, l'arbitre expert est bien au fait des nuances factuelles des liens d'emploi et les délais sont plus courts. C'est à l'égard des différends entre employeurs et employés un mode de règlement rapide et peu coûteux permettant d'éviter la voie judiciaire. D'autres réparations sont prévues à l'intention des employés qui se prévalent des dispositions relatives au congédiement injuste. En ce sens, ces dispositions du *Code* donnent aux employés congédiés visés par la législation fédérale un accès accru à la justice.

Toutefois, un mécanisme procédural qui élargit l'accès à la justice ne modifie pas pour autant le fondement juridique du lien d'emploi visé par la législation fédérale. Ce mécanisme — tributaire de l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire — n'est donc pas le seul dont un employé fédéral peut se prévaloir pour contester la légalité de son congédiement. Le législateur a expressément préservé la compétence des tribunaux civils à l'égard de la légalité des congédiements, mais les tribunaux civils appliquent les règles de common law régissant le congédiement illégal plutôt que les dispositions du *Code* sur le congédiement injuste. Il est toujours loisible à un employé de contester devant les tribunaux civils la légalité d'un congédiement, même s'il s'est

dismissal procedure in the *Code*, though subject to the doctrine of issue estoppel. The unjust dismissal provisions are therefore simply a procedural option for federal employees.

The common law continues to define the federal employment relationship and federally regulated employers are entitled to dismiss employees without cause, but with payment of the appropriate notice and severance pay as prescribed by ss. 230 and 235 of the *Code*, the contract of employment, or the common law (whichever is greater). Adjudicators and courts possess concurrent jurisdiction to determine the adequacy of the notice and severance pay and to order any other remedies that may be warranted in the circumstances. The mere provision of a notice and a severance payment does not allow an employer to escape the scrutiny of an adjudicator any more than it would allow the employer to escape the scrutiny of a court.

Permitting federally regulated employers to dismiss their employees without cause would not have the effect of rendering many of the unjust dismissal remedies meaningless or redundant. The remedy of reinstatement is consistent with a "without cause" regime. It is available in almost every provincial employment law regime irrespective of whether that regime permits an employer to dismiss an employee without cause. Under the *Code*, adjudicators currently order reinstatement based on their expert assessment of whether the employer and employee will be able to continue working together in a healthy and productive employment relationship in the future. If the adjudicator has reason to believe that the employer will simply dismiss the employee again, he or she will not order reinstatement. There is no reason to suppose that this practice would change were the continuing right of federally regulated employers to dismiss their employees without cause to be affirmed, as long as the appropriate notice and severance pay is provided.

A dismissal without cause is not *per se* unjust, so long as adequate notice is provided. Because the Adjudicator's interpretation of ss. 240 to 246 of the *Code* is inconsistent with the text, context and purpose of these provisions, it ought to be set aside and the appeal dismissed.

Cases Cited

By Abella J.

Discussed: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Redlon Agencies*

prévalu auparavant de la procédure relative au congédiement injuste prévue dans le *Code*, sous réserve de l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Ainsi, les dispositions relatives au congédiement injuste offrent simplement un autre recours aux employés régis par la législation fédérale.

La common law continue de définir le lien d'emploi fédéral, et les employeurs régis par la législation fédérale ont le droit de congédier leurs employés sans motif, moyennant le préavis et l'indemnité de départ les plus généreux parmi ceux prévus aux art. 230 et 235 du *Code*, au contrat d'emploi ou en common law. Les arbitres et les tribunaux judiciaires possèdent des compétences concurrentes pour apprécier le préavis et l'indemnité de départ et ordonner toute autre réparation pouvant se justifier dans les circonstances. L'employeur ne peut se soustraire à l'examen par un arbitre ou une cour de justice du simple fait qu'il a donné un préavis et versé une indemnité.

Une interprétation autorisant les congédiements non motivés par les employeurs régis par la législation fédérale n'aurait pas pour effet de rendre inutiles les réparations à l'encontre du congédiement injuste. La réparation que constitue la réintégration dans l'emploi cadre bien avec un régime de congédiement non motivé. Cette réparation existe dans presque toutes les provinces, peu importe que le régime y permette ou non le congédiement non motivé. Présentement, aux termes du *Code*, les arbitres ordonnent la réintégration si, à leur avis d'expert, l'employeur et l'employé sont en mesure de maintenir une relation d'emploi saine et productive. Si l'arbitre croit que l'employeur congédiera simplement à nouveau l'employé, il n'ordonnera pas la réintégration. Aucune raison ne permet de croire que cette pratique changerait si le droit des employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés sans motif moyennant le préavis et l'indemnité de départ adéquats était confirmé.

Un congédiement non motivé n'est pas en soi injuste, dès lors qu'un préavis suffisant a été donné. L'interprétation par l'arbitre des art. 240 à 246 du *Code* étant incompatible avec le texte, le contexte et l'objet de ces dispositions, elle doit être écartée, et le pourvoi est rejeté.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt analysé : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :**

Ltd. v. Norgren, 2005 FC 804; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Yue v. Bank of Montreal*, 2016 FCA 107, 483 N.R. 375; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *M.M. v. United States of America*, 2015 SCC 62, [2015] 3 S.C.R. 973; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *Wolf Lake First Nation v. Young* (1997), 130 F.T.R. 115; *Roberts v. Bank of Nova Scotia* (1979), 1 L.A.C. (3d) 259; *Knopp v. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL); *Sharma v. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare v. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill v. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien v. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman v. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat v. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

Redlon Agencies Ltd. c. Norgren, 2005 CF 804; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Yue c. Banque de Montréal*, 2016 CAF 107, 483 N.R. 375; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2012 CSC 29, [2012] 2 R.C.S. 108; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *M.M. c. États-Unis d'Amérique*, 2015 CSC 62, [2015] 3 R.C.S. 973; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *Wolf Lake First Nation c. Young*, 1997 CanLII 5057; *Roberts c. Bank of Nova Scotia* (1979), 1 L.A.C. (3d) 259; *Knopp c. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL); *Sharma c. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare c. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill c. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien c. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman c. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat c. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

By Cromwell J.

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458.

By Côté and Brown JJ. (dissenting)

Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services), 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Altus Group Ltd. v. Calgary (City)*, 2015 ABCA 86, 599 A.R. 223; *Abdoulrab v. Ontario Labour Relations Board*, 2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641; *Taub v. Investment Dealers Assn. of Canada*, 2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169; *Pierre v. Roseau River Tribal Council*, [1993] 3 F.C. 756; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Champagne v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2012 CanLII 97650; *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Sharma v. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare v. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill v. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien v. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman v. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat v. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Klein v. Royal Canadian Mint*, 2013 CLLC ¶210-013; *Paul v. National Centre for First Nations Governance*, 2012 CanLII 85154; *Palmer v. Dempsey Laird Trucking Ltd.*, 2012 CarswellNat 1620 (WL Can.); *Gouchey v. Sturgeon Lake Cree Nation*, 2011 CarswellNat 3430 (WL Can.); *Stark v. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3074 (WL Can.); *Dominic v. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3085 (WL Can.); *McCloud v. Samson Cree Nation*, [2011] C.L.A.D. No. 119 (QL); *Prosper v. PPADC Management Co.*, [2010] C.L.A.D. No. 430 (QL); *Perley v. Maliseet First Nation at Tobique*,

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458.

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents)

Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers), 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Altus Group Ltd. c. Calgary (City)*, 2015 ABCA 86, 599 A.R. 223; *Abdoulrab c. Ontario Labour Relations Board*, 2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641; *Taub c. Investment Dealers Assn. of Canada*, 2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169; *Pierre c. Conseil tribal de Roseau River*, [1993] 3 C.F. 756; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Champagne c. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2012 CanLII 97650; *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Sharma c. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare c. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill c. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien c. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman c. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat c. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Klein c. Royal Canadian Mint*, 2013 CLLC ¶210-013; *Paul c. National Centre for First Nations Governance*, 2012 CanLII 85154; *Palmer c. Dempsey Laird Trucking Ltd.*, 2012 CarswellNat 1620 (WL Can.); *Gouchey c. Sturgeon Lake Cree Nation*, 2011 CarswellNat 3430 (WL Can.); *Stark c. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3074 (WL Can.); *Dominic c. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3085 (WL Can.); *McCloud c. Samson Cree Nation*, [2011] C.L.A.D. No. 119 (QL); *Prosper c. PPADC Management*

2010 CarswellNat 4618 (WL Can.); *Daniels v. Whitecap Dakota First Nation*, [2008] C.L.A.D. No. 135 (QL); *Armsworthy v. L.H. & Co.*, [2005] C.L.A.D. No. 161 (QL); *Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)*, 2003 CarswellNat 7342 (WL Can.); *Cooper v. Exalta Transport Services Ltd.*, [2002] C.L.A.D. No. 612 (QL); *Chalifoux v. Driftpile First Nation*, [2000] C.L.A.D. No. 368 (QL); *Halkowich and Fairford First Nation*, [1998] C.L.A.D. No. 486 (QL); *D. McCool Transport Ltd. and Bosma*, [1998] C.L.A.D. No. 315 (QL); *Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1996] C.L.A.D. No. 631 (QL); *Knopp v. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Lum v. Shaw Communications Inc.*, 2004 NBCA 35, 270 N.B.R. (2d) 141; *Cornelson v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2014 ABQB 436; *Nelson v. Champion Feed Services Inc.*, 2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162; *Chandran v. National Bank of Canada*, 2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256; *Paquette v. TeraGo Networks Inc.*, 2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶210-056; *Vist v. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038; *Wallace v. Toronto-Dominion Bank* (1983), 41 O.R. (2d) 161; *Ryder v. Carry The Kettle First Nation*, 2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239; *Nardocchio v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1979), 41 N.S.R. (2d) 26; *Wilson v. Sliammon First Nation*, 2002 BCSC 190; *Chadee v. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110; *Spilberg v. Total Transportation Solutions Inc.*, [2014] O.J. No. 2903 (QL); *Lazarus v. Information Communication Services (ICS) Inc.*, [2015] O.J. No. 5304 (QL); *Jackson v. Gitxsan Treaty Society*, 2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179; *Beatty v. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64; *Schimanski v. B & D Walter Trucking Ltd.*, 2014 ABPC 288; *Logan v. Progressive Air Service Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 129 (QL); *Rodgers v. Sun Radio Ltd.* (1991), 109 N.S.R. (2d) 415; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Pereira v. Bank of Nova Scotia* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267; *Wyllie v. Larche Communications Inc.*, 2015 ONSC 4747; *Ng v. Bank of Montreal*, 2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86; *Canadian National Railway Co. v. Benson*, 2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Goodyear Tire Co.*, [2010] C.L.A.D. No. 430 (QL); *Perley c. Maliseet First Nation at Tobique*, 2010 CarswellNat 4618 (WL Can.); *Daniels c. Whitecap Dakota First Nation*, [2008] C.L.A.D. No. 135 (QL); *Armsworthy c. L.H. & Co.*, [2005] C.L.A.D. No. 161 (QL); *Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)*, 2003 CarswellNat 7342 (WL Can.); *Cooper c. Exalta Transport Services Ltd.*, [2002] C.L.A.D. No. 612 (QL); *Chalifoux c. Driftpile First Nation*, [2000] C.L.A.D. No. 368 (QL); *Halkowich and Fairford First Nation*, [1998] C.L.A.D. No. 486 (QL); *D. McCool Transport Ltd. and Bosma*, [1998] C.L.A.D. No. 315 (QL); *Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1996] C.L.A.D. No. 631 (QL); *Knopp c. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Lum c. Shaw Communications Inc.*, 2004 NBCA 35, 270 R.N.-B. (2e) 141; *Cornelson c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2014 ABQB 436; *Nelson c. Champion Feed Services Inc.*, 2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162; *Chandran c. National Bank of Canada*, 2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256; *Paquette c. TeraGo Networks Inc.*, 2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶210-056; *Vist c. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038; *Wallace c. Toronto-Dominion Bank* (1983), 41 O.R. (2d) 161; *Ryder c. Carry The Kettle First Nation*, 2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239; *Nardocchio c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1979), 41 N.S.R. (2d) 26; *Wilson c. Sliammon First Nation*, 2002 BCSC 190; *Chadee c. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110; *Spilberg c. Total Transportation Solutions Inc.*, [2014] O.J. No. 2903 (QL); *Lazarus c. Information Communication Services (ICS) Inc.*, [2015] O.J. No. 5304 (QL); *Jackson c. Gitxsan Treaty Society*, 2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179; *Beatty c. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64; *Schimanski c. B & D Walter Trucking Ltd.*, 2014 ABPC 288; *Logan c. Progressive Air Service Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 129 (QL); *Rodgers c. Sun Radio Ltd.* (1991), 109 N.S.R. (2d) 415; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Pereira c. Bank of Nova Scotia* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267; *Wyllie c. Larche Communications Inc.*, 2015 ONSC 4747; *Ng c. Bank of Montreal*, 2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86; *Canadian National Railway Co. c. Benson*, 2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218; *Vorvis c. Insurance Corporation*

and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co., [1956] S.C.R. 610; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Lemieux Bélanger v. Commissaires d'Écoles pour la Municipalité de St-Gervais*, [1970] S.C.R. 948; *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199; *Ridley v. Gitxaala Nation*, [2009] C.L.A.D. No. 267 (QL); *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Poulter v. Gull Bay First Nation*, 2011 CarswellNat 3466 (WL Can.); *Morrisseau v. Tootinaowaziibeeng First Nation* (2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134; *Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re*, 2006 CarswellNat 6950 (WL Can.).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 82.1(3), 124, 126.
Act respecting labour standards, S.Q. 1979, c. 45, s. 124.
Act to Amend Chapter 10 of the Acts of 1972, the Labour Standards Code, S.N.S. 1975, c. 50, s. 4.
Act to amend the Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. 17 (2nd Supp.), s. 16.
Act to amend the Canada Labour Code, S.C. 1977-78, c. 27, s. 21.
Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, Part III, ss. 167(3), 168, 230, 235, 240 to 246.
Civil Code of Québec, art. 2925.
Employment Standards Act, R.S.B.C. 1996, c. 113, ss. 74 to 86.2, 79.
Employment Standards Act, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, s. 30.
Employment Standards Act, S.N.B. 1982, c. E-7.2, ss. 61 to 76, 65.
Employment Standards Act, 2000, S.O. 2000, c. 41, s. 104.
Employment Standards Code, C.C.S.M., c. E110, s. 96.1.
Employment Standards Code, R.S.A. 2000, c. E-9, ss. 82, 89(1).
Labour Standards Act, R.S.N.L. 1990, c. L-2, ss. 62, 68 to 73, 78.
Labour Standards Code, R.S.N.S. 1989, c. 246, ss. 6, 21, 23, 71, 72, 78.
Limitation Act, S.B.C. 2012, c. 13, s. 6(1).
Limitation of Actions Act, C.C.S.M., c. L150, s. 2(1).
Limitation of Actions Act, R.S.N.S. 1989, c. 258, s. 2(1).
Limitation of Actions Act, R.S.N.W.T. 1988, c. L-8, s. 2(1).
Limitation of Actions Act, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. L-8, s. 2(1).

of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Lemieux Bélanger c. Commissaires d'Écoles pour la Municipalité de St-Gervais*, [1970] R.C.S. 948; *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199; *Ridley c. Gitxaala Nation*, [2009] C.L.A.D. No. 267 (QL); *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Poulter c. Gull Bay First Nation*, 2011 CarswellNat 3466 (WL Can.); *Morrisseau c. Tootinaowaziibeeng First Nation* (2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134; *Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re*, 2006 CarswellNat 6950 (WL Can.).

Lois et règlements cités

Act to Amend Chapter 10 of the Acts of 1972, the Labour Standards Code, S.N.S. 1975, c. 50, art. 4.
Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, partie III, art. 167(3), 168, 230, 235, 240 à 246.
Code civil du Québec, art. 2925.
Code des normes d'emploi, C.P.L.M., c. E110, art. 96.1.
Employment Standards Act, R.S.B.C. 1996, c. 113, art. 74 à 86.2, 79.
Employment Standards Act, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, art. 30.
Employment Standards Code, R.S.A. 2000, c. E-9, art. 82, 89(1).
Labour Standards Act, R.S.N.L. 1990, c. L-2, art. 62, 68 à 73, 78.
Labour Standards Code, R.S.N.S. 1989, c. 246, art. 6, 21, 23, 71, 72, 78.
Limitation Act, S.B.C. 2012, c. 13, art. 6(1).
Limitation of Actions Act, R.S.N.S. 1989, c. 258, art. 2(1).
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, art. 3(1).
Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, art. 9.
Limitations Act, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5.
Loi de 2000 sur les normes d'emploi, L.O. 2000, c. 41, art. 104.
Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 4.
Loi modifiant le Code canadien du travail, S.C. 1977-78, c. 27, art. 21.
Loi modifiant le Code canadien du travail, S.R.C. 1970, c. 17 (2e suppl.), art. 16.
Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, c. P-25, art. 97(2.1), 100.1.
Loi sur la prescription, C.P.L.M., c. L150, art. 2(1).
Loi sur la prescription, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 5(1).

Limitation of Actions Act, R.S.Y. 2002, c. 139, s. 2(1).
Limitation of Actions Act, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5(1).
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 3(1).
Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, s. 9.
Limitations Act, S.S. 2004, c. L-16.1, s. 5.
Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, s. 4.
Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1), 100.1.
Saskatchewan Employment Act, S.S. 2013, c. S-15.1, ss. 2-97(1), 3-36(1).
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 2(1).

Authors Cited

Arthurs, Harry W. *Fairness at Work: Federal Labour Standards for the 21st Century*, final report of the Federal Labour Standards Review. Gatineau, Que.: Human Resources and Skills Development Canada, 2006.
Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 30th Parl., December 13, 1977, p. 1831.
Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration, Respecting Bill C-8, An Act to amend the Canada Labour Code*, No. 11, 3rd Sess., 30th Parl., March 16, 1978, p. 46.
Casey, James T., ed. *Remedies In Labour, Employment and Human Rights Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2016, release 1).
Christie, Innis. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
Cromwell, Thomas. "Appellate Review: Policy and Pragmatism", in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Law Society of Manitoba, 2006.
Daly, Paul. "*Dunsmuir*'s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review" (2012), 58 *McGill L.J.* 483.
Driedger, Elmer. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
England, G. "Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years" (1982), 12 *Man. L.J.* 9.
Evans, John M. "Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?" (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 101.
Harris, David. *Wrongful Dismissal.* Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2013, release 2).
Jones, David Phillip. "The Year in Review: Recent Developments in Administrative Law", prepared for

Loi sur la prescription, L.R.Y. 2002, c. 139, art. 2(1).
Loi sur les normes d'emploi, L.N.-B. 1982, c. E-7.2, art. 61 à 76, 65.
Loi sur les normes du travail, L.Q. 1979, c. 45, art. 124.
Loi sur les normes du travail, RLRQ, c. N-1.1, art. 82, 82.1(3), 124, 126.
Loi sur les prescriptions, L.R.T.N.-O. 1988, c. L-8, art. 2(1).
Loi sur les prescriptions, L.R.T.N.-O. (Nun.) 1988, c. L-8, art. 2(1).
Saskatchewan Employment Act, S.S. 2013, c. S-15.1, art. 2-97(1), 3-36(1).
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, art. 2(1).

Doctrine et autres documents cités

Arthurs, Harry W. *Équité au travail : Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, rapport final de l'Examen des normes du travail fédérales, Gatineau (Qc), Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2006.
Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3^e sess., 30^e lég., 13 décembre 1977, p. 1832.
Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, concernant Bill C-8, Loi modifiant le Code canadien du travail*, n^o 11, 3^e sess., 30^e lég., 16 mars 1978, p. 46.
Casey, James T., ed. *Remedies In Labour, Employment and Human Rights Law*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2016, release 1).
Christie, Innis. *Employment Law in Canada*, 2nd ed., Markham (Ont.), Butterworths, 1993.
Cromwell, Thomas. « Appellate Review : Policy and Pragmatism », in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, Winnipeg, Law Society of Manitoba, 2006.
Daly, Paul. « *Dunsmuir*'s Flaws Exposed : Recent Decisions on Standard of Review » (2012), 58 *R.D. McGill* 483.
Driedger, Elmer. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
England, G. « Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction : The First Three Years » (1982), 12 *Man. L.J.* 9.
Evans, John M. « Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 101.
Harris, David. *Wrongful Dismissal*, Toronto, Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2013, release 2).

the Canadian Bar Association's 2015 National Administrative Law, Labour and Employment Law Conference, held in Ottawa on November 27-28, 2015 (online: http://sagecounsel.com/wp-content/uploads/2015/12/CBA-Recent-Developments-Nov-2015.pdf).

Levitt, Howard A. *The Law of Dismissal in Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2016, release 43).

Lewans, Matthew. "Deference and Reasonableness Since *Dunsmuir*" (2012), 38 *Queen's L.J.* 59.

Mullan, David. "Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen!" (2013), 42 *Adv. Q.* 1.

Munro, John. "A better deal for Canada's unorganized workers" (1977), 77 *The Labour Gazette* 347.

Ruslim, Reagan. "Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code*: New Law, Old Statute" (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (online: http://ir.lib.uwo.ca/uwojls/vol5/iss2/3).

Simmons, C. Gordon. *Meaning of Dismissal: The Meaning of Dismissals Under Division V.7 of Part III of the Canada Labour Code*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1979.

Sossin, Lorne. "The Complexity of Coherence: Justice LeBel's Administrative Law" (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 145.

Stratas, David. "The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency", February 17, 2016 (online: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733751).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Trudeau, Gilles. "Is Reinstatement a Remedy Suitable to At-Will Employees?" (1991), 30 *Indus. Rel.* 302.

Wihak, Lauren J. "Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later" (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 173.

Jones, David Phillip. « The Year in Review : Recent Developments in Administrative Law », prepared for the Canadian Bar Association's 2015 National Administrative Law, Labour and Employment Law Conference, held in Ottawa on November 27-28, 2015 (online : http://sagecounsel.com/wp-content/uploads/2015/12/CBA-Recent-Developments-Nov-2015.pdf).

Levitt, Howard A. *The Law of Dismissal in Canada*, 3rd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2016, release 43).

Lewans, Matthew. « Deference and Reasonableness Since *Dunsmuir* » (2012), 38 *Queen's L.J.* 59.

Mullan, David. « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen! » (2013), 42 *Adv. Q.* 1.

Munro, John. « Les 14 points Munro : l'amélioration de la situation des travailleurs non syndiqués » (1977), 77 *La gazette du travail* 418.

Ruslim, Reagan. « Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code* : New Law, Old Statute » (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (online : http://ir.lib.uwo.ca/uwojls/vol5/iss2/3).

Simmons, C. Gordon. *Le congédiement : Le congédiement, aux termes de la division V.7 de la partie III du Code canadien du travail*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1979.

Sossin, Lorne. « The Complexity of Coherence : Justice LeBel's Administrative Law » (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 145.

Stratas, David. « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency », February 17, 2016 (online : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733751).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Trudeau, Gilles. « Is Reinstatement a Remedy Suitable to At-Will Employees? » (1991), 30 *Indus. Rel.* 302.

Wihak, Lauren J. « Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 173.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Stratas, Webb and Near JJ.A.), 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467, 467 N.R. 201, 22 C.C.E.L. (4th) 234, 2015 CLLC ¶210-023, [2015] F.C.J. No. 44 (QL), 2015 CarswellNat 64 (WL Can.), affirming a decision of O'Reilly J., 2013 FC 733, 435 F.T.R. 300, 9 C.C.E.L. (4th) 208, 2013 CLLC ¶210-043, [2013] F.C.J. No. 825 (QL), 2013

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Stratas, Webb et Near), 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467, 467 N.R. 201, 22 C.C.E.L. (4th) 234, 2015 CLLC ¶210-023, [2015] A.C.F. nº 44 (QL), 2015 CarswellNat 4803 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge O'Reilly, 2013 CF 733, 435 F.T.R. 300, 9 C.C.E.L. (4th) 208, 2013 CLLC ¶210-043, [2013] A.C.F. nº 825 (QL), 2013

CarswellNat 2376 (WL Can.). Appeal allowed, Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting.

James A. LeNoury, *Avi Sirlin* and *Reagan Ruslim*, for the appellant.

Ronald M. Snyder and *Eugene F. Derényi*, for the respondent.

Steven Barrett and *Louis Century*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Stacey Reginald Ball and *Anne Marie Frauts*, for the intervener the Canadian Association for Non-Organized Employees.

Christopher D. Pigott and *Christina E. Hall*, for the interveners the Federally Regulated Employers — Transportation and Communications and the Canadian Association of Counsel to Employers.

The judgment was delivered by

[1] Abella J. — At common law, a non-unionized employee could be dismissed without reasons if he or she was given reasonable notice or pay in lieu. The issue in this appeal is whether Parliament's intention behind amendments to the *Canada Labour Code*[1] in 1978 was to offer an alternative statutory scheme consisting of expansive protections much like those available to employees covered by a collective agreement. In my respectful view, like almost all of the hundreds of adjudicators who have interpreted the scheme, I believe that is exactly what Parliament's intention was.

Background

[2] In 1971, Parliament passed amendments to the *Canada Labour Code*[2] setting out the notice requirements for firing non-unionized employees who had

1 R.S.C. 1985, c. L-2 (see Appendix).

2 *An Act to amend the Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. 17 (2nd Supp.), s. 16.

CarswellNat 3191 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents.

James A. LeNoury, *Avi Sirlin* et *Reagan Ruslim*, pour l'appelant.

Ronald M. Snyder et *Eugene F. Derényi*, pour l'intimée.

Steven Barrett et *Louis Century*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Stacey Reginald Ball et *Anne Marie Frauts*, pour l'intervenante Canadian Association for Non-Organized Employees.

Christopher D. Pigott et *Christina E. Hall*, pour les intervenants les Employeurs des transports et communications de régie fédérale et l'Association canadienne des avocats d'employeurs.

Version française du jugement rendu par

[1] La juge Abella — La common law permettait le congédiement non motivé d'un employé qui n'est pas syndiqué moyennant un préavis raisonnable ou une indemnité en guise et lieu de préavis. La question en l'espèce est de savoir si le Parlement, en modifiant le *Code canadien du travail*[1] en 1978, avait l'intention d'établir un régime légal alternatif offrant des protections généreuses très semblables à celles dont jouissent les employés protégés par une convention collective. Soit dit en tout respect, à mon avis et selon des centaines d'arbitres ayant interprété ce régime — presque tous en fait —, c'était là exactement l'intention du Parlement.

Contexte

[2] En 1971, le Parlement a modifié le *Code canadien du travail*[2]. Il prévoyait, dans le cas d'un congédiement, une obligation de préavis envers

1 L.R.C. 1985, c. L-2 (voir l'annexe).

2 *Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. 17 (2e suppl.), art. 16.

worked for three or more consecutive months.[3] The amendments also stipulated a minimal rate of severance pay for those who had worked for 12 months.[4] Employees dismissed for just cause are not entitled to either notice or severance pay.

[3] More fundamental reforms were enacted in 1978, when the *Code* was again amended by adding a series of provisions to Part III under the heading "Unjust Dismissal".[5] They are found at ss. 240 to 246.[6] This Unjust Dismissal scheme applies to non-unionized employees who have completed 12 consecutive months of continuous employment. Any such employee who has been dismissed has 90 days to make a complaint in writing to an inspector if the employee considers the dismissal to be unjust (s. 240).

[4] A dismissed employee or an inspector can ask the employer for a written statement setting out the reasons for the dismissal. The employer must then provide the statement within 15 days (s. 241(1)).

[5] An inspector is required to try to immediately settle the complaint (s. 241(2)). If the complaint cannot be settled within a reasonable time, the inspector can, at the request of the dismissed employee, refer the matter to the Minister (s. 241(3)), who may appoint an adjudicator to hear the complaint (s. 242(1)). The report of an inspector acts as a screening mechanism to prevent complaints which are frivolous, vexatious or clearly unmeritorious from proceeding to adjudication: Harry W. Arthurs, *Fairness at Work: Federal Labour Standards for the 21st Century* (2006), at pp. 179-80 (Arthurs Report).

[6] The mandate of the adjudicator is to determine whether the dismissal was unjust (s. 242(3)).

[3] Currently Part III, Division X — Individual Terminations of Employment.

[4] Currently Part III, Division XI — Severance Pay.

[5] *An Act to amend the Canada Labour Code*, S.C. 1977-78, c. 27, s. 21.

[6] Currently Part III, Division XIV – Unjust Dismissal.

l'employé non syndiqué ayant travaillé depuis au moins trois mois sans interruption[3]. Les modifications précisaient également le taux minimal d'indemnité à verser à l'employé ayant travaillé depuis 12 mois[4]. Dans le cas d'un congédiement pour une juste cause (depuis 1985, un congédiement justifié), l'employé ne pouvait bénéficier ni du préavis ni de l'indemnité.

[3] Des modifications plus fondamentales ont été apportées au *Code* en 1978. Une série de dispositions ont été greffées à la partie III sous le titre « Congédiement injuste »[5]. Elles se trouvent aux art. 240 à 246[6]. Ce régime applicable en cas de congédiement injuste vise les employés non syndiqués ayant travaillé sans interruption pendant 12 mois. Tout employé dans cette situation qui estime avoir été injustement congédié dispose de 90 jours pour déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur (art. 240).

[4] L'employé congédié ou un inspecteur peut demander à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement par écrit. L'employeur dispose de 15 jours pour ce faire (par. 241(1)).

[5] L'inspecteur doit immédiatement tenter de régler la plainte (par. 241(2)). S'il n'est pas possible de régler la plainte dans un délai raisonnable, l'inspecteur peut, à la demande de l'employé congédié, la renvoyer au ministre (par. 241(3)), qui peut demander à un arbitre de l'entendre (par. 242(1)). Le rapport de l'inspecteur constitue le crible qui empêche que les plaintes frivoles, vexatoires ou manifestement mal fondées mènent à une décision (Harry W. Arthurs, *Équité au travail : Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle* (2006), p. 185-186 (rapport Arthurs)).

[6] L'arbitre a pour mandat de décider si le congédiement était injuste (par. 242(3)). Dans l'affirmative,

[3] Dans la version actuelle, partie III, section X — Licenciements individuels.

[4] Dans la version actuelle, partie III, section XI — Indemnité de départ.

[5] *Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1977-78, c. 27, art. 21.

[6] Dans la version actuelle, partie III, section XIV — Congédiement injuste.

If it was, the adjudicator has broad authority to grant an appropriate remedy (s. 242(4)), including requiring the employer to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

[7] No complaint can be considered by an adjudicator if the employee was laid off because of lack of work or the discontinuance of a function (s. 242(3.1)(a)).

Prior Proceedings

[8] Joseph Wilson was hired by Atomic Energy Canada Limited (AECL)[7] as a Senior Buyer/Order Administrator in 2005 and was later promoted to Procurement Supervisor. He worked for four and a half years until his dismissal in November 2009. He had a clean disciplinary record.

[9] Mr. Wilson filed an "Unjust Dismissal" complaint in December 2009, claiming that he was unjustly dismissed contrary to s. 240(1) of the *Code*. In response to a request from an inspector for the reasons for Mr. Wilson's dismissal, AECL sent a letter in March 2010 saying that he was "terminated on a non-cause basis and was provided a generous severance package that well exceeded the statutory requirements. We trust you will find the above satisfactory."

[10] Mr. Wilson claimed that his dismissal was in reprisal for having filed a complaint of improper AECL procurement practices.

[7] AECL is a federally regulated Crown corporation.

l'arbitre est investi de larges pouvoirs lui permettant d'accorder la réparation convenable (par. 242(4)). En vertu de ce pouvoir, il peut notamment enjoindre à l'employeur :

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

[7] L'arbitre ne peut instruire la plainte si l'employé a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste (al. 242(3.1)a)).

Historique judiciaire

[8] En 2005, Énergie Atomique du Canada Limitée (EACL)[7] a engagé Joseph Wilson comme acheteur principal et administrateur de commandes et l'a promu par la suite au poste de superviseur de l'approvisionnement en matériel. Il a travaillé pendant quatre ans et demi avant d'être congédié, en novembre 2009. Son dossier disciplinaire était vierge.

[9] En décembre 2009, M. Wilson a déposé une plainte pour congédiement injuste en vertu du par. 240(1) du *Code*. En réponse à la demande de l'inspecteur voulant obtenir les motifs du congédiement, EACL a précisé dans une lettre envoyée en mars 2010 que M. Wilson avait été [TRADUCTION] « licencié sans motif et avait reçu une généreuse indemnité de départ qui excédait de beaucoup l'indemnité minimale prévue par la loi. Nous espérons que vous jugerez le tout satisfaisant. »

[10] Selon M. Wilson, il aurait été congédié en représailles d'une plainte qu'il avait déposée à propos de pratiques irrégulières d'approvisionnement par EACL.

[7] EACL est une société d'État régie par la législation fédérale.

[11] A labour Adjudicator, Prof. Stanley Schiff, was appointed to hear the complaint. AECL sought a preliminary ruling on whether a dismissal without cause together with a sizeable severance package meant that the dismissal was a just one.

[12] The parties agreed that regardless of the Adjudicator's ruling on this preliminary issue, he retained jurisdiction to hear Mr. Wilson's allegations of reprisal.

[13] The Adjudicator concluded that he was bound by *Redlon Agencies Ltd. v. Norgren*, 2005 FC 804, which had held that an employer could not resort to severance payments, however generous, to avoid a determination under the *Code* about whether the dismissal was unjust. Because AECL did not rely on any cause to fire him, Mr. Wilson's complaint was allowed.

[14] The Application Judge found this decision was unreasonable because, in his view, nothing in Part III of the *Code* precluded employers from dismissing non-unionized employees on a without-cause basis. The Federal Court of Appeal agreed, but reviewed the issue on a standard of correctness.

Analysis

[15] The parties before this Court, as they had in all the prior judicial proceedings, accepted that the standard of review was reasonableness. I agree. The decisions of labour adjudicators or arbitrators interpreting statutes or agreements within their expertise attract a reasonableness standard: *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 42.

[16] The Federal Court of Appeal itself, including two of the judges who decided the case before us, recently held in *Yue v. Bank of Montreal*, 2016 FCA 107, 483 N.R. 375, that the decisions of adjudicators

[11] Le professeur Stanley Schiff a été nommé pour entendre la plainte en qualité d'arbitre. EACL lui a demandé de trancher d'abord la question de savoir si un congédiement non motivé assorti d'une indemnité de départ généreuse équivalait à un congédiement juste.

[12] Les parties ont convenu que, peu importe la réponse de l'arbitre à la question préliminaire, il aurait compétence pour entendre les affirmations de M. Wilson quant aux représailles.

[13] L'arbitre s'est dit lié par l'affaire *Redlon Agencies Ltd. c. Norgren*, 2005 CF 804, suivant laquelle l'employeur ne peut, sous prétexte d'avoir versé une indemnité de départ — et ce quel qu'en soit le montant —, empêcher que la question du congédiement injuste soit tranchée en application du *Code*. Vu qu'EACL n'avait donné aucun motif de congédiement, la plainte de M. Wilson a été accueillie.

[14] Le juge saisi de la demande a conclu au caractère déraisonnable de la sentence; à son avis, rien dans la partie III du *Code* n'empêche les employeurs de congédier leurs employés non syndiqués sans motif. La Cour d'appel fédérale était d'accord, mais a procédé au contrôle selon la norme de la décision correcte.

Analyse

[15] Devant la Cour comme devant les juridictions inférieures, les parties ont accepté que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Je suis d'accord. Les sentences des arbitres en droit du travail chargés d'interpréter des lois ou des ententes qui relèvent de leur expertise appellent la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 42).

[16] La Cour d'appel fédérale elle-même — sous la plume de deux des juges ayant statué dans l'affaire dont nous sommes saisis — a conclu récemment dans l'arrêt *Yue c. Banque de Montréal*, 2016

applying the Unjust Dismissal provisions of the *Code* attract a reasonableness standard:

It is well-settled that the reasonableness standard applies to review of adjudicators' decisions under Division XIV of Part III of the *Code*, generally, and to their interpretations of what sorts of employer conduct constitute an unjust dismissal: *Payne v. Bank of Montreal*, 2013 FCA 33 at paragraphs 32-33, [443] N.R. 253; *MacFarlane v. Day & Ross*, 2014 FCA 199 at paragraph 3, 466 N.R. 53; *Donaldson v. Western Grain By-Products Storage Ltd.*, 2015 FCA 62 at paragraph 33, 469 N.R. 189. [para. 5]

[17] Applying that standard, the Adjudicator's decision was reasonable and consistent with the approach overwhelmingly applied to these provisions since they were enacted. It is true that a handful of adjudicators have taken a different approach to the interpretation of the *Code*, but as this Court has repeatedly said, this does not justify deviating from a reasonableness standard: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 71; *Dunsmuir*, at paras. 55-56; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 38; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, [2013] 2 S.C.R. 458, at paras. 7-8.

[18] Nor do I accept the position taken in this case by the Federal Court of Appeal that even if a reasonableness review applied, the Adjudicator should be afforded "only a narrow margin of appreciation" because the statutory interpretation in this case "involves relatively little specialized labour insight". As this Court has said, the reasonableness standard must be applied in the specific context under review. But to attempt to calibrate reasonableness by applying a potentially indeterminate number of varying degrees of deference within it, unduly complicates an area of law in need of greater simplicity.

[19] But while it is true that the standard of review in this case falls easily into our jurisprudence, it seems to me that some general comments about

CAF 107, 483 N.R. 375, que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique aux sentences des arbitres chargés d'appliquer les dispositions sur le congédiement injuste du *Code* :

[TRADUCTION] Il est bien établi que la norme de la décision raisonnable s'applique au contrôle des sentences arbitrales rendues à l'égard de la section XIV de la partie III du *Code*, généralement, et à l'interprétation par les arbitres de ce qui constitue un congédiement injuste par l'employeur (*Payne c. Banque de Montréal*, 2013 CAF 33, par. 32-33, 443 N.R. 253; *MacFarlane c. Day & Ross*, 2014 CAF 199, par. 3, 466 N.R. 53; *Donaldson c. Western Grain By-Products Storage Ltd.*, 2015 CAF 62, par. 33, 469 N.R. 189). [par. 5]

[17] À la lumière de cette norme, j'estime que la décision de l'arbitre était raisonnable et conforme à la démarche que la très grande majorité applique à ces dispositions depuis leur adoption. Certes, une poignée d'arbitres a adopté une autre démarche d'interprétation du *Code*, mais comme la Cour l'a dit à maintes reprises, cela ne justifie pas que l'on s'écarte de la norme de la décision raisonnable (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 71; *Dunsmuir*, par. 55-56; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 38; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 7-8).

[18] Je ne saurais accepter non plus le point de vue adopté par la Cour d'appel fédérale selon lequel, même si la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable, il faudrait « considér[er] que la capacité de l'arbitre d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions est limitée » parce qu'en l'espèce l'interprétation législative « suppose relativement peu de connaissances spécialisées dans le domaine du travail ». Comme l'a affirmé la Cour, le caractère raisonnable est fonction du contexte particulier considéré. Or, en tentant d'étalonner la norme en appliquant des degrés potentiellement indéterminés de déférence, on compliquerait indûment un domaine du droit qui a besoin d'être simplifié.

[19] Certes, même si la question de la norme applicable en l'espèce s'inscrit bien dans notre jurisprudence, il me semble profitable d'exprimer des

standard of review are worth airing, albeit in *obiter*. There are undoubtedly many models that would help simplify the standard of review labyrinth we currently find ourselves in. I offer the following proposal as an option only, for purposes of starting the conversation about the way forward. Because it is only the beginning of the conversation, which will benefit over time from submissions from counsel, this proposal is not intended in any way to be comprehensive, definitive, or binding.

[20] A substantial portion of the parties' factums and the decisions of the lower courts in this case were occupied with what the applicable standard of review should be. This, in my respectful view, is insupportable, and directs us institutionally to think about whether this obstacle course is necessary or whether there is a principled way to simplify the path to reviewing the merits.

[21] For a start, it would be useful to go back to the basic principles set out in *Dunsmuir*, under which two approaches were enunciated for reviewing administrative decisions. The first is deferential, and applies when there is a range of reasonable outcomes defensible on the facts and law. This is by far the largest group of cases. Deference is succinctly explained in *Dunsmuir* as follows:

> It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. [para. 48]

[22] The reason for the wide range is, as Justice John M. Evans explained, because "[d]eference . . . assumes that there is no uniquely correct answer to the question": "Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?" (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 101, at p. 108. The range will necessarily vary. As Chief Justice McLachlin noted, reasonableness "must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and

commentaires généraux sur la norme de contrôle, en *obiter*. Il existe indubitablement de nombreuses approches susceptibles d'aider à simplifier le labyrinthe actuel de la norme de contrôle applicable. Je propose la démarche suivante comme une simple option, afin d'engager la conversation. Comme il ne s'agit que d'une amorce et que la discussion bénéficiera au fil du temps des observations que présenteront les avocats, cette proposition ne se veut d'aucune façon une proposition à caractère exhaustif, définitif ou obligatoire.

[20] Une portion importante des mémoires des parties et des décisions des juridictions inférieures était consacrée à la norme applicable. À mon avis, cette situation est insoutenable et nous appelle à nous interroger, en tant qu'institution, sur la nécessité d'un tel parcours d'obstacles et sur l'existence d'un moyen de principe de simplifier la démarche menant à l'examen au fond.

[21] Tout d'abord, il serait utile de rappeler les principes de base énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir*, qui a défini deux démarches à l'égard du contrôle de décisions administratives. La première, empreinte de déférence, s'applique s'il existe plusieurs issues possibles raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. C'est de loin le groupe d'affaires le plus nombreux. La Cour dans l'arrêt *Dunsmuir* explique la déférence en ces termes :

> Il ne s'ensuit pas que les cours de justice doivent s'incliner devant les conclusions des décideurs ni qu'elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonnabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. [par. 48]

[22] Il peut y avoir plusieurs issues, selon le juge John M. Evans, car [TRADUCTION] « [f]aire preuve de déférence [. . .] c'est reconnaître qu'il n'y a pas une seule réponse correcte à la question » (« Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 101, p. 108). Le nombre des issues varie forcément. Comme la juge en chef McLachlin le fait remarquer, le caractère raisonnable « s'apprécie dans

all relevant factors" and "takes its colour from the context": *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, [2012] 1 S.C.R. 5, at paras. 18, citing with approval *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59.

[23] The other approach, called correctness, was applied when only a single defensible answer is available. As set out in *Dunsmuir*, this applied to constitutional questions regarding the division of powers (para. 58), "true questions of jurisdiction or *vires*" (para. 59), questions of general law that are "both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise" (para. 60), and "[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals" (para. 61).

[24] Most of the confusion in our jurisprudence has been over what to call the category of review in a particular case. Perhaps it is worth thinking about whether it is really necessary to engage in rhetorical debates about what to call our conclusions at the end of the review. Are we not saying essentially the same thing when we conclude that there is only a single "reasonable" answer available and when we say it is "correct"? And this leads to whether we need two different names for our approaches to judicial review, or whether both approaches can live comfortably under a more broadly conceived understanding of reasonableness.

[25] It may be helpful to review briefly how we got here. In *Dunsmuir*, this Court sought to provide "a principled framework that is more coherent and workable" for the judicial review of administrative decisions (para. 32). As a result, the three existing standards of review were replaced by two. The aim was to simplify judicial review. But collapsing three into two has not proven to be the runway to simplicity the Court had hoped it would be. In fact, the terminological battles over which of the three standards of review should apply have been replaced

le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents » et « s'adapte au contexte » (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18, citant avec approbation *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59).

[23] La deuxième démarche, celle de la décision correcte, s'appliquait seulement lorsqu'une seule réponse pouvait se justifier. Comme le dit la Cour dans *Dunsmuir*, il s'agissait d'une question constitutionnelle concernant le partage des compétences (par. 58), d'une « question touchant véritablement à la compétence » (par. 59), d'une question de droit générale « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre » (par. 60) et de « la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés » (par. 61).

[24] La principale source de confusion dans notre jurisprudence tient à l'appellation à donner à la catégorie de contrôle applicable dans un cas en particulier. Il vaut peut-être la peine de s'interroger sur la nécessité de débats théoriques à propos des mots qui servent à désigner nos conclusions à l'issue du contrôle judiciaire. Conclure qu'il n'y a qu'une réponse « raisonnable » et dire que la réponse est « correcte », cela ne revient-il pas essentiellement au même? Ce qui nous amène à nous demander s'il est nécessaire d'avoir deux désignations différentes pour les démarches en matière de contrôle judiciaire ou si ces deux démarches peuvent toutes deux s'inscrire confortablement dans une conception élargie de la raisonnabilité.

[25] Il pourrait se révéler utile d'expliquer brièvement comment nous en sommes arrivés là. Dans *Dunsmuir*, la Cour cherchait à établir « un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel » pour le contrôle judiciaire des décisions administratives (par. 32). Ainsi, pour simplifier, on a remplacé les trois normes qui existaient à l'époque par deux. Cependant, le fait de passer de trois à deux normes ne s'est pas révélé être la piste de simplicité qu'attendait la Cour. Dans les faits, les luttes terminologiques à propos de celle des trois

by those over the application of the remaining two. And so we still find the merits waiting in the wings for their chance to be seen and reviewed.

[26] However, where once the confusion was over the difference between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, we now find ourselves struggling over the difference between reasonableness and correctness. In my respectful view, this complicated entry into judicial review is hard to justify. Ironically, the explanation in *Dunsmuir* for changing the framework then remains a valid explanation for why it should be changed now, as the following excerpts show:

> The recent history of judicial review in Canada has been marked by ebbs and flows of deference, confounding tests and new words for old problems, but no solutions that provide real guidance for litigants, counsel, administrative decision makers or judicial review judges. The time has arrived for a reassessment of the question.
>
> . . .
>
> Despite the clear, stable constitutional foundations of the system of judicial review, the operation of judicial review in Canada has been in a constant state of evolution over the years, as courts have attempted to devise approaches to judicial review that are both theoretically sound and effective in practice. Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable.
>
> . . . it has become apparent that the present system must be simplified. [paras. 1 and 32-33]

[27] *Dunsmuir* had pointed out that courts were struggling with the "conceptual distinction" between two of the standards — patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* — and were finding that "any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory" (paras. 39-41). An argument can be made, as Prof.

normes qui devait s'appliquer ont été remplacées par des luttes sur l'application des deux normes restantes. Pendant ce temps, l'analyse au fond attend en coulisses.

[26] Si auparavant la distinction entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter* portait à confusion, de nos jours, nous avons du mal à distinguer la norme de la décision raisonnable de celle de la décision correcte. À mon avis, il est difficile de justifier cette entrée compliquée dans le contrôle judiciaire. Il est ironique de constater que l'explication fournie dans *Dunsmuir* pour justifier le changement de cadre demeure valable aujourd'hui, comme le démontrent les extraits suivants :

> Au Canada, l'évolution récente du contrôle judiciaire a été marquée par une déférence variable, l'application de critères déroutants et la qualification nouvelle de vieux problèmes, sans qu'une solution n'offre de véritables repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs ou aux cours de justice saisies de demandes de contrôle judiciaire. Le temps est venu de réévaluer la question.
>
> . . .
>
> Ses assises constitutionnelles claires et stables n'ont pas empêché le contrôle judiciaire de connaître une évolution constante au Canada, les cours de justice s'efforçant au fil des ans de concevoir une démarche tout autant valable sur le plan théorique qu'efficace en pratique. Malgré les efforts pour l'améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s'est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.
>
> . . . il est devenu apparent que le mécanisme actuel devait être simplifié. [par. 1 et 32-33]

[27] La Cour dans *Dunsmuir* avait indiqué que la « distinction conceptuelle » entre les deux normes — celle de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter* — donnait du fil à retordre aux tribunaux judiciaires, qui estimaient que « toute différence réelle sur le plan de l'application se révèle illusoire » (par. 39-41).

David Mullan has, that this Court too has blurred the conceptual distinctions in a number of cases, this time between correctness and reasonableness standards of review, and has sometimes engaged in "disguised correctness" review while ostensibly conducting a reasonableness review.[8] Others too have expressed concerns about inconsistency and confusion in how the standards have been applied.[9] The question then is whether there is a way to move forward that respects the underlying principles of judicial review which were so elegantly and definitively explained in *Dunsmuir*, while redesigning their implementation in a way that makes them easier to apply.

[28] The most obvious and frequently proposed reform of the current system is a single reviewing standard of reasonableness. Before accepting it, it is important to remember the rule of law imperatives of judicial review. *Dunsmuir* discussed the relationship between judicial review and the rule of law in the opening paragraphs of its analysis:

> As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which

On peut faire valoir, à l'instar du prof. David Mullan, que la Cour a elle-même dans certains arrêts estompé les distinctions conceptuelles entre les normes de la décision correcte et de la décision raisonnable et a parfois procédé à un contrôle selon la norme de la décision correcte [TRADUCTION] « sous le couvert » de la norme de la décision raisonnable[8]. D'autres ont également exprimé des réserves sur le manque d'uniformité et la confusion dans l'application des normes[9]. La question qui se pose donc est de savoir s'il existe un moyen de respecter les principes sous-tendant le contrôle judiciaire qui avaient été expliqués si élégamment et définitivement dans l'arrêt *Dunsmuir* tout en facilitant leur application.

[28] La réforme du système actuel la plus évidente et celle qui est proposée le plus souvent consiste en l'adoption d'une norme de contrôle unique, celle de la décision raisonnable. Avant de l'accepter, il importe de ne pas perdre de vue les impératifs liés à la primauté du droit du contrôle judiciaire. La Cour traite des rapports entre le contrôle judiciaire et la primauté du droit dans les premiers paragraphes de son analyse dans l'arrêt *Dunsmuir* :

> Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui

[8] David Mullan, "Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen!" (2013), 42 *Adv. Q.* 1, at pp. 76-81. As examples of where this occurred, Prof. Mullan cites *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola* [2011] 3 S.C.R. 422; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 471; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 S.C.R. 345; and *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, [2012] 2 S.C.R. 108. See also Lauren J. Wihak, "Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later" (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 173, at pp. 174-75 and 183.

[9] See Lorne Sossin, "The Complexity of Coherence: Justice LeBel's Administrative Law" (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 145; Evans; David Phillip Jones, Q.C., "The Year in Review: Recent Developments in Administrative Law" (paper prepared for the Canadian Bar Association's 2015 National Administrative Law, Labour and Employment Law Conference) (online); Wihak; Matthew Lewans, "Deference and Reasonableness Since *Dunsmuir*" (2012), 38 *Queen's L.J.* 59; Paul Daly, "*Dunsmuir*'s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review" (2012), 58 *McGill L.J.* 483; the Hon. Justice David Stratas, "The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency", February 17, 2016 (online).

[8] David Mullan, « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen! » (2013), 42 *Adv. Q.* 1, p. 76-81. Il cite en exemple *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, [2011] 3 R.C.S. 422; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345; et *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2012] 2 R.C.S. 108. Voir également Lauren J. Wihak, « Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 173, p. 174-175 et 183.

[9] Voir Lorne Sossin, « The Complexity of Coherence : Justice LeBel's Administrative Law » (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 145; Evans; David Phillip Jones, c.r., « The Year in Review : Recent Developments in Administrative Law » (document préparé pour la conférence nationale sur le droit administratif, le droit du travail et de l'emploi 2015 de l'Association du Barreau canadien) (en ligne); Wihak; Matthew Lewans, « Deference and Reasonableness Since *Dunsmuir* » (2012), 38 *Queen's L.J.* 59; Paul Daly, « *Dunsmuir*'s Flaws Exposed : Recent Decisions on Standard of Review » (2012), 58 *R.D. McGill* 483; l'hon. juge David Stratas, « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency », 17 février 2016 (en ligne).

explains the purpose of judicial review and guides its function and operation. Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.

By virtue of the rule of law principle, all exercises of public authority must find their source in law. All decision-making powers have legal limits, derived from the enabling statute itself, the common or civil law or the Constitution. Judicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes. [paras. 27-28]

[29] What this means is that "[t]he legislative branch of government cannot remove the judiciary's power to review actions and decisions of administrative bodies for compliance with the constitutional capacities of the government. . . . In short, judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits" (*Dunsmuir*, at para. 31).

[30] Notably, judicial review also "performs an important constitutional function in maintaining legislative supremacy", which results in "the court-centric conception of the rule of law [being] reined in by acknowledging that the courts do not have a monopoly on deciding all questions of law": *Dunsmuir*, at para. 30, citing Justice Thomas Cromwell, "Appellate Review: Policy and Pragmatism", in *2006 Isaac Pitblado Lectures*, at p. V-12.

[31] Nothing *Dunsmuir* says about the rule of law suggests that constitutional compliance dictates how many standards of review are required. The

explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.

La primauté du droit veut que tout exercice de l'autorité publique procède de la loi. Tout pouvoir décisionnel est légalement circonscrit par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution. Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue. [par. 27-28]

[29] Ainsi, « [l]'organe législatif du gouvernement ne peut supprimer le pouvoir judiciaire de s'assurer que les actes et les décisions d'un organisme administratif sont conformes aux pouvoirs constitutionnels du gouvernement. [. . .] En résumé, le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu'il s'agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter » (*Dunsmuir*, par. 31).

[30] Il convient de noter que le contrôle judiciaire « joue un rôle constitutionnel important en assurant la suprématie législative », ce qui se traduit par « la reconnaissance du fait que les cours de justice n'ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions de droit, ce qui tempère la conception judiciarisée de la primauté du droit » (*Dunsmuir*, par. 30, citant le juge Thomas Cromwell, « Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures*, p. V-12).

[31] Rien de ce que la Cour dit dans l'arrêt *Dunsmuir* à propos de la primauté du droit ne laisse entendre que, pour assurer le respect des pouvoirs

only requirement, in fact, is that there *be* judicial review in order to ensure, in particular, that decision-makers do not exercise authority they do not have. I see nothing in its elaboration of rule of law principles that precludes the adoption of a single standard of review, so long as it accommodates the ability to continue to protect both deference *and* the possibility of a single answer where the rule of law demands it, as in the four categories singled out for correctness review in *Dunsmuir*.

[32] A single standard of reasonableness still invites the approach outlined in *Dunsmuir*, namely:

> . . . reasonableness is concerned . . . with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

[33] Approaching the analysis from the perspective of whether the outcome falls within a range of defensible outcomes has the advantage of being able to embrace comfortably the animating principles of both former categories of judicial review. Courts can apply a wider range for those kinds of issues and decision-makers traditionally given a measure of deference, and a narrow one of only one "defensible" outcome for those which formerly attracted a correctness review. Most decisions will continue to attract deference, as they did in *Dunsmuir*, which means, as Justice Evans noted

> [that] a court may be more likely to conclude that a range of reasonable interpretative choices exists, and that deference is meaningful, when the tribunal's authority is conferred in broad terms. If, for example, a tribunal is authorized to make a decision on the basis of the public interest, a reviewing court may well decide that the tribunal has

constitutionnels, il faut qu'il y ait un certain nombre de normes de contrôle. En fait, tout ce qui est exigé c'est qu'il y *ait* des contrôles judiciaires pour faire en sorte notamment que les décideurs administratifs n'exercent pas de pouvoirs qui ne leur sont pas impartis. Je ne vois rien dans son analyse des principes de primauté du droit qui empêcherait l'adoption d'une seule norme de contrôle, tant que cette dernière permet la déférence à l'égard du décideur *et* la possibilité de conclure, lorsque la primauté du droit l'exige, qu'il ne peut y avoir qu'une seule issue, comme dans le cas des quatre catégories de questions soumises à l'application de la norme de la décision correcte suivant *Dunsmuir*.

[32] L'adoption d'une norme unique de la décision raisonnable appelle toujours la démarche énoncée dans *Dunsmuir*, c'est-à-dire :

> Le caractère raisonnable tient [. . .] à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

[33] Envisager l'analyse en posant la question de savoir si la décision appartient aux issues pouvant se justifier présente l'avantage de bien cadrer avec les principes qui animaient l'une et l'autre des deux anciennes catégories de contrôle judiciaire. Les cours de justice peuvent circonscrire largement la gamme des issues dans les cas où les décideurs — ou le type de questions — appelaient traditionnellement une démarche empreinte de déférence et étroitement — en reconnaissant une seule issue « pouvant se justifier » — dans les cas où les questions entraînaient auparavant l'application de la norme de la décision correcte. La plupart des décisions continueront à commander la déférence, comme l'explique la Cour dans *Dunsmuir*, ce qui signifie, pour citer le juge Evans :

> [TRADUCTION] . . . [qu']une cour de justice sera plus encline à conclure à l'existence de plusieurs choix interprétatifs raisonnables et à faire preuve de déférence dans les cas où le pouvoir du tribunal administratif lui est conféré en termes larges. Si, par exemple, ce tribunal est habilité à trancher des questions d'intérêt public, il se

a range of choices in selecting the factors it will consider in making its decision. At this point, questions of law shade imperceptibly into questions of discretion. Reasonableness review permits the court to determine whether the factors considered by the tribunal are rationally related to the generally multiple statutory objectives. It is not the court's role to identify the factors to be considered by the tribunal, let alone to reweigh them. [Footnote omitted; p. 110.]

peut que la cour siégeant en révision décide qu'il dispose de plusieurs choix lorsqu'il s'agit de déterminer les facteurs décisionnels à considérer. Les questions de droit se mueront imperceptiblement en questions relatives à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable permet à la cour de décider si les facteurs dont le tribunal a tenu compte sont liés sur le plan rationnel aux objectifs de la loi, qui sont en général multiples. Il n'incombe pas à la cour de choisir les facteurs que le tribunal devait considérer, et encore moins de les soupeser à nouveau. [Note en bas de page omise; p. 110.]

[34] Even in statutory interpretation, the interpretive exercise will usually attract a wide range of reasonable outcomes. This Court in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 2 S.C.R. 559, for example, found that the Minister had considerable latitude in interpreting a statutory provision that required decisions be made in the "national interest".

[34] Même lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi, l'exercice d'interprétation se soldera généralement par plusieurs issues raisonnables. La Cour dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S. 559, par exemple, a conclu que le ministre disposait d'une latitude considérable dans l'interprétation d'une disposition législative prévoyant comme critère de décision « l'intérêt national ».

[35] But there may be rare occasions where only one "defensible" outcome exists. In *Mowat*, for example, this Court found that the ordinary tools of statutory interpretation made it clear that the administrative body under review did not have the authority to award costs in a specific context. In the particular circumstances of that case, no other result fell within the range of reasonable outcomes. Similarly, this Court has set aside decisions when they fundamentally contradicted the purpose or policy underlying the statutory scheme: *Halifax*.

[35] Or, il se peut qu'en de rares occasions il n'y ait qu'une seule issue « pouvant se justifier ». Dans l'arrêt *Mowat*, par exemple, la Cour estime qu'il ressort clairement après l'application des outils ordinaires d'interprétation législative que l'organe administratif dont la décision est contrôlée n'a pas le pouvoir d'adjuger les dépens dans le contexte. Dans les circonstances particulières de l'affaire, aucun autre résultat n'appartient aux issues raisonnables. De même, la Cour a infirmé des décisions qui vont à l'encontre de l'objet d'un régime légal ou du choix politique qui le sous-tend (*Halifax*).

[36] The four categories, however, which were identified as attracting correctness under *Dunsmuir* based on rule of law principles, always yield only one reasonable outcome.

[36] En revanche, les quatre catégories de questions qui commandent la norme de la décision correcte suivant *Dunsmuir* sur le fondement des principes de la primauté du droit n'emportent toujours qu'une seule issue raisonnable.

[37] I acknowledge that no attempt to simplify the review process will necessarily guarantee consistent outcomes. Even under the current *Dunsmuir* model, there have been cases in this Court where judges applied the same standard, yet came to different conclusions about the decisional effect of applying

[37] Je reconnais qu'aucune tentative de simplification ne peut nécessairement garantir l'uniformité. Même à la lumière du cadre établi par l'arrêt *Dunsmuir*, il est arrivé que des juges de la Cour, ayant appliqué la même norme, aient exprimé des conclusions différentes quant à son effet sur la

the standard.[10] But the goal is not to address all possible variables, it is to build on the theories developed in *Dunsmuir* and to apply them in a way that eliminates the need to sort cases into artificial categories.

[38] Even if, however, there proves to be little appetite for collapsing the two remaining standards of review, it would, I think, still be beneficial if the template so compellingly developed in *Dunsmuir*, were adhered to, including by applying the residual "correctness" standard only in those four circumstances *Dunsmuir* articulated.

[39] But as previously noted, in this case we need not do more than apply our usual approach to reasonableness. The issue here is whether the Adjudicator's interpretation of ss. 240 to 246 of the *Code* was reasonable. The text, the context, the statements of the Minister when the legislation was introduced, and the views of the overwhelming majority of arbitrators and labour law scholars, confirm that the entire purpose of the statutory scheme was to ensure that non-unionized federal employees would be entitled to protection from being dismissed without cause under Part III of the *Code*. The alternative approach of severance pay in lieu falls outside the range of "possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" because it completely undermines this purpose by permitting employers, at their option, to deprive employees of the full remedial package Parliament created for them. The rights of employees should be based on what Parliament intended, not on the idiosyncratic view of the individual employer or adjudicator.

[40] Adjudicator Schiff's decision was, therefore, reasonable.

[41] As previously noted, Parliament passed amendments to the *Code* in 1971 which included

[10] See *M.M. v. United States of America*, [2015] 3 S.C.R. 973; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2015] 3 S.C.R. 909; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, [2015] 1 S.C.R. 161; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, [2015] 3 S.C.R. 147; *Irving Pulp & Paper, Ltd.*

décision[10]. Le but consiste non pas à traiter toutes les situations possibles, mais à faire fond sur les théories élaborées dans *Dunsmuir* et à les appliquer sans devoir classer les affaires dans des catégories artificielles.

[38] Cependant, même si la fusion des deux normes de contrôle restantes ne suscitait pas beaucoup d'appétit, je suis d'avis qu'il serait néanmoins bénéfique de suivre le modèle incontournable développé dans *Dunsmuir*, en appliquant la norme résiduelle de la « décision correcte » seulement dans les quatre circonstances énumérées dans cet arrêt.

[39] Or, comme je l'ai signalé, il suffit en l'espèce d'appliquer la démarche habituelle pour le contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La question en litige est celle de savoir si l'interprétation par l'arbitre des art. 240 à 246 du *Code* était raisonnable. Le texte, le contexte, le discours du ministre lors du dépôt du projet de loi et les avis de la très grande majorité des arbitres et auteurs en droit du travail viennent confirmer que l'objet global du régime légal consiste à assurer aux employés fédéraux non syndiqués une protection, prévue à la partie III du *Code*, contre le congédiement sans motif. L'autre interprétation, suivant laquelle le versement d'une indemnité de départ suffit, n'appartient pas aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », car elle mine complètement l'objet du régime en permettant aux employeurs, à leur choix, de priver les employés de l'ensemble intégral des mesures de réparation créées par le Parlement à leur intention. Les droits des employés doivent être fondés sur l'intention du Parlement, non sur l'avis personnel d'un employeur ou d'un arbitre.

[40] La décision de l'arbitre, M. Schiff, était donc raisonnable.

[41] Rappelons que le Parlement a apporté des modifications au *Code* en 1971, dont les dispositions

[10] Voir *M.M. c. États-Unis d'Amérique*, [2015] 3 R.C.S. 973; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2015] 3 R.C.S. 909; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, [2015] 1 R.C.S. 161; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, [2015] 3 R.C.S. 147; *Pâtes & Papier Irving, Ltée*.

provisions setting out the minimum remuneration owed to an employee whose employment had been terminated if that employee worked for a threshold number of consecutive months and was not dismissed for just cause. These provisions are now found in ss. 230(1) and 235(1) of the *Code*, both in Part III. The enactment of these provisions neither codified nor extinguished the common law; instead, it offered an alternative to going to court by setting out minimum entitlements for dismissed employees who wanted to avoid the expense and uncertainty of civil litigation: Arthurs Report, at pp. 172-74.

[42] In 1978, Parliament further amended the *Code* and established the Unjust Dismissal scheme, currently found in ss. 240 to 246 in Part III of the *Code*. The central question in this case is what effect the 1978 amendments had on the rights of non-unionized employees whose employment had been terminated. When the provisions were introduced, the then Minister of Labour, the Hon. John Munro, said:

> It is our hope that [the amendments] will give at least to the unorganized workers *some of the minimum standards* which have been won by the organized workers and which are now embodied in their collective agreements. We are not alleging for one moment that they match the standards set out in collective agreements, but we provide here a minimum standard. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 30th Parl., December 13, 1977, at p. 1831)

[43] He explained the purpose of the new "Unjust Dismissal" provisions to the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration in March 1978 as follows:

> The intent of this provision is to provide employees not represented by a union, including managers and professionals, with the right to appeal against arbitrary dismissal — protection the government believes to be a fundamental right of workers and already a part of all collective agreements.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour,*

prévoyant l'indemnité minimale à verser à l'employé licencié ayant travaillé pendant un certain nombre de mois consécutifs pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un congédiement pour une juste cause ou justifié. Ces règles se trouvent maintenant aux par. 230(1) et 235(1) du *Code*, dans la partie III. Leur édiction n'a pas eu pour effet de codifier ni d'éteindre les règles de common law; elle offrait plutôt une alternative extrajudiciaire en prévoyant des droits minimaux à l'intention des employés congédiés désireux d'éviter les dépenses et l'incertitude liés à une action en justice (rapport Arthurs, p. 182-183).

[42] En 1978, le Parlement a de nouveau modifié le *Code* et établi le régime de congédiement injuste, qui est prévu dans la version actuelle aux art. 240 à 246 à la partie III. La question centrale dont nous sommes saisis concerne l'effet des modifications de 1978 sur les droits des employés non syndiqués ayant été licenciés. Lors du dépôt du projet de loi, le ministre du Travail de l'époque, l'hon. John Munro, a tenu les propos suivants :

> Nous espérons que les [modifications] donneront à ces travailleurs non syndiqués *au moins une partie des normes minimales* que les travailleurs syndiqués ont obtenues et qui font maintenant partie de toutes les conventions collectives. Nous ne voulons pas prétendre que les normes établies par le bill seront exactement celles que prévoient les conventions collectives. Nous voulons cependant établir des normes minimales. [Italiques ajoutés.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3e sess., 30e lég., 13 décembre 1977, p. 1832)

[43] Il a expliqué ainsi l'objet des nouvelles dispositions sur le congédiement injuste devant le Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration en mars 1978 :

> Cette disposition fournit aux employés qui ne sont pas représentés par un syndicat, y compris les cadres et les membres de professions libérales, un droit d'appel contre tout congédiement arbitraire; ce droit assure une protection dont, selon le gouvernement, tous les travailleurs doivent bénéficier et qui figure également dans toutes les conventions collectives.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la*

Manpower and Immigration, Respecting Bill C-8, An Act to amend the Canada Labour Code, No. 11, 3rd Sess., 30th Parl., March 16, 1978, at p. 46)

[44] The references in this statement to the right of employees to "fundamental" protection from arbitrary dismissal and to the fact that such protection was "already a part of all collective agreements", make it difficult, with respect, to draw any inference other than that Parliament intended to expand the dismissal rights of non-unionized federal employees in a way that, if not identically, then certainly analogously matched those held by unionized employees.

[45] Parliament's intentions were also on display when, the previous August, the Minister acknowledged that while the terminology of "just" and "unjust" was, on its face, ambiguous, the extensive arbitral jurisprudence from organized labour would illuminate the way forward for non-unionized federal employees who were dismissed:

I realize that the terms "just" or "unjust" are sometimes difficult to define. However, we have a vast body of arbitral jurisprudence on dismissals in the organized sector. They contain precedents that will enable arbitrators to determine whether a firing is warranted or not. Each case has to be decided according to its circumstances, but the application of the principles of fairness and common sense have established pretty clearly what constitutes just or unjust dismissal.

(The Hon. John Munro, "A better deal for Canada's unorganized workers" (1977), 77 *The Labour Gazette* 347, at p. 349)

[46] And this, in fact, is how the new provisions have been interpreted by labour law scholars and almost all the adjudicators appointed to apply them, namely, that the purpose of the 1978 provisions in ss. 240 to 246 was to offer a statutory alternative to the common law of dismissals and to conceptually align the protections from unjust dismissals for non-unionized federal employees with those available to

Main d'œuvre et de l'Immigration, concernant Bill C-8, Loi modifiant le Code canadien du travail, nº 11, 3e sess., 30e lég., 16 mars 1978, p. 46)

[44] Vu que cette déclaration mentionne le droit des employés à une protection « dont [. . .] tous les travailleurs doivent bénéficier » contre le congédiement arbitraire et le fait qu'une telle protection « figure également dans toutes les conventions collectives », il est difficile à mon avis de ne pas conclure que le Parlement entendait donner aux employés fédéraux non syndiqués des droits en cas de congédiement qui, s'ils ne sont pas identiques à ceux des employés syndiqués, y sont certainement analogues.

[45] En outre, l'intention du Parlement était manifeste au mois d'août précédent, lorsque le ministre a reconnu que les termes « juste » et « injuste » pouvaient sembler ambigus de prime abord, mais que la jurisprudence arbitrale considérable issue du mouvement syndical éclairerait la trajectoire dans le champ du congédiement d'employés fédéraux non syndiqués :

Il est parfois difficile de définir les expressions « juste » et « injuste ». Nous avons toutefois une volumineuse jurisprudence sur les congédiements dans le secteur organisé. Elle renferme des précédents qui permettront aux arbitres de trancher la question de savoir si un licenciement est justifié ou s'il ne l'est pas. Chaque cas doit être décidé d'après les circonstances, mais l'application des principes de justice et de bon sens a nettement établi ce qu'est un congédiement juste ou injuste.

(L'hon. John Munro, « Les 14 points Munro : l'amélioration de la situation des travailleurs non syndiqués » (1977), 77 *La gazette du travail* 418, p. 420-421)

[46] Et c'est ainsi que les auteurs en droit du travail et presque tous les arbitres nommés pour appliquer les nouvelles dispositions de 1978 prévues aux art. 240 à 246 les ont interprétées : elles avaient pour objet de présenter une alternative législative aux règles de common law régissant le congédiement et d'harmoniser les mesures de protection contre le congédiement injuste offertes aux employés fédéraux

unionized employees: Geoffrey England, "Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years" (1982), 12 *Man. L.J.* 9, at p. 10; Innis Christie, *Employment Law in Canada* (2nd ed. 1993), at p. 669; Arthurs Report, at p. 172.

[47] The effect of the 1978 amendments was to limit the applicability of the notice requirements in s. 230(1) and the minimum severance provisions in s. 235(1) to circumstances that fell outside the Unjust Dismissal provisions. The notice and severance pay requirements under ss. 230(1) and 235(1), for example, apply to managers, those who are laid off due to lack of work or discontinuance of a function, and, in the case of s. 230(1), employees who have worked for the employer for more than 3 consecutive months but less than 12 months. In other words, ss. 230(1) and 235(1) are not an alternative to the Unjust Dismissal provisions in ss. 240 to 246, they apply only to those who do not or cannot avail themselves of those provisions: *Redlon Agencies*, at paras. 38-39; *Wolf Lake First Nation v. Young* (1997), 130 F.T.R. 115, at para. 50.

[48] The soundness of the consensus among adjudicators interpreting the Unjust Dismissal provisions was confirmed in Prof. Arthurs' 2006 report on Part III of the *Code*, commissioned by the then Minister of Labour. In preparing his report, Prof. Arthurs established a 16-person Commission Secretariat, consulted two advisory panels (one consisting of impartial experts and the other of labour and management representatives), held two academic round tables engaging 38 participants from almost 20 universities as well as industry groups, and consulted 23 independent research studies conducted by leading Canadian and foreign experts. Nine additional studies were provided by Commission staff on topics such as comparisons between Part III and labour standards legislation across Canada and in other countries. The Commission heard from 171 groups and individuals at public hearings and received over 154 briefs and other submissions. The Commission also met with labour, management

non syndiqués avec celles offertes aux syndiqués (Geoffrey England, « Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction : The First Three Years » (1982), 12 *Man. L.J.* 9, p. 10; Innis Christie, *Employment Law in Canada* (2e éd. 1993), p. 669; rapport Arthurs, p. 182-183).

[47] Les modifications de 1978 avaient pour effet de restreindre l'application du par. 230(1) (préavis) et du par. 235(1) (indemnité de départ minimale) aux situations non visées par les dispositions sur le congédiement injuste. Par exemple, les prescriptions en matière de préavis et d'indemnité de départ prévues aux par. 230(1) et 235(1) s'appliquent aux directeurs, à ceux qui sont mis à pied en raison d'un manque de travail ou d'une suppression de poste et, dans le cas du par. 230(1), aux employés ayant travaillé pour l'employeur pour plus de 3 mois consécutifs, mais moins de 12 mois. Autrement dit, les par. 230(1) et 235(1) n'offrent pas une alternative aux dispositions sur le congédiement injuste; elles s'appliquent seulement à ceux qui ne se prévalent pas des art. 240 à 246 ou ne peuvent s'en prévaloir (*Redlon Agencies*, par. 38-39; *Wolf Lake First Nation c. Young*, 1997 CanLII 5057 (C.F. 1re inst.), par. 50).

[48] Le bien-fondé de l'interprétation faisant consensus au sein des arbitres ayant examiné les dispositions sur le congédiement injuste a été confirmé par le prof. Arthurs dans son rapport de 2006 sur la partie III du *Code* rédigé à la demande du ministre du Travail de l'époque. Pour ses travaux, le prof. Arthurs a établi un secrétariat de Commission constitué de 16 membres, fait appel à deux comités consultatifs (l'un formé d'experts impartiaux et l'autre de représentants des employés et des employeurs), a tenu deux tables rondes mettant en présence 38 participants provenant de près de 20 universités et de groupes industriels et consulté 23 rapports de recherches indépendantes menées par des experts canadiens et étrangers. En plus, les employés de la Commission lui ont fourni neuf autres rapports sur divers sujets, dont des comparaisons entre la partie III et la législation en matière de normes du travail des ressorts canadiens et d'autres pays. La Commission a entendu 171 groupes et particuliers lors des

and community-based organizations, and labour standards administrators and practitioners.

[49] After this extensive review of Part III of the *Code* and its application, Prof. Arthurs confirmed that the goal of the new "Unjust Dismissal" provisions was meant to give "unorganized workers protection against unjust dismissal *somewhat comparable to that enjoyed by unionized workers under collective agreements*" (p. 172 (emphasis added)):

> . . . over the years the adjudication system has not only remedied many of the procedural shortcomings of civil litigation, it has significantly modified the old civil and common law doctrines governing wrongful dismissal. . . . Adjudicators, borrowing extensively from the jurisprudence developed over the years by arbitrators in unionized workplaces, have built up their own distinctive doctrines that confer on unorganized federal workers quite extensive substantive and procedural protections. . . . [T]his has coincided with, and arguably hastened, the adoption of progressive attitudes and practices in the field of workplace discipline, many of which were also advocated by human resource and industrial relations professionals as a matter of best practice. [p. 178]

(See also Gilles Trudeau, "Is Reinstatement a Remedy Suitable to At-Will Employees?" (1991), 30 *Indus. Rel.* 302, at pp. 312-13.)

[50] The new *Code* regime was also a cost-effective alternative to the civil court system for dismissed employees to obtain meaningful remedies which are far more expansive than those available at common law. As Prof. Arthurs observed:

> At common . . . law, employers who wish to reconfigure or reduce their workforce for business reasons are obliged to give "reasonable" notice to employees they intend to dismiss, unless the contract of employment

audiences publiques et a reçu plus de 154 mémoires de toutes sortes. Elle a également organisé des réunions avec des organisations représentant les employés, les employeurs et la collectivité, ainsi que des responsables de l'application des normes du travail et des praticiens.

[49] À l'issue de son vaste examen de la partie III du *Code* et de son application, le prof. Arthurs confirme que les nouvelles dispositions sur le congédiement injuste avaient pour but d'accorder « aux travailleurs non syndiqués une protection contre le congédiement injuste *assez comparable à celle dont jouissent les travailleurs syndiqués en vertu de leur convention collective* » (p. 183 (italiques ajoutés)) :

> . . . au fil des années, le système d'arbitrage a non seulement comblé nombre des lacunes procédurales que comportait le recours du droit commun, mais il a également modifié de manière importante les vieilles règles du droit civil et de la common law applicables au congédiement injuste. [. . .] [L]es arbitres, s'inspirant abondamment de la jurisprudence établie avec les années par les arbitres des milieux de travail syndiqués, ont élaboré des règles qui leur sont propres et qui confèrent aux travailleurs de compétence fédérale non syndiqués une protection fondamentale et procédurale relativement étendue. [. . .] [C]ette situation a coïncidé avec l'adoption d'attitudes et de pratiques progressistes dans le domaine de la discipline en milieu de travail — elle en a sans doute accéléré l'adoption —, dont bon nombre étaient également préconisées par les spécialistes des ressources humaines et des relations industrielles à titre de pratique exemplaire. [p. 189]

(Voir également Gilles Trudeau, « Is Reinstatement a Remedy Suitable to At-Will Employees? » (1991), 30 *Indus. Rel.* 302, p. 312-313.)

[50] Le nouveau régime prévu par le *Code* offrait également aux employés congédiés une solution extrajudiciaire abordable leur permettant d'obtenir des réparations utiles et bien plus diversifiées que celles que prévoit la common law. Pour citer le prof. Arthurs :

> En common law [. . .] les employeurs qui désirent réorganiser ou réduire leurs effectifs pour des raisons d'affaires sont tenus de donner un préavis « raisonnable » aux employés qu'ils entendent licencier, sauf si le contrat de

provides otherwise. Of course, as with other protections supposedly enjoyed by workers under the general law, this one has always been difficult to enforce. Nonetheless, it remains the law today, and Part III does nothing to change it. What Part III does do is establish a different, more accessible procedure under which workers confronting discharge for business or economic reasons can claim notice and compensation without having to sue.

. . .

In effect, then, one great merit . . . is that it overcomes the main deficiencies of civil litigation. It provides effective remedies and it removes cost barriers to access to justice. It thereby translates a universally accepted principle — that no one should be dismissed without just cause — into a practical reality. Part III can therefore be understood as an exercise in the reform of civil justice. [pp. 172-73 and 177]

[51] The most significant arbitral tutor for the new provisions came from the way the jurisprudence defined "Unjust Dismissal". It is true, as the Federal Court of Appeal noted, that the word "unjust" is a familiar one in the legal profession's tool kit and has a generic, even iconic role. In the collective bargaining context, however, it has a specific and well understood — and no less iconic — meaning: that employees covered by collective agreements are protected from Unjust Dismissals and can only be dismissed for "just cause". This includes an onus on employers to give reasons showing why the dismissal is justified, and carries with it a wide remedial package including reinstatement and progressive discipline. As in the 1978 provisions, there is no Unjust Dismissal protection in the case of layoffs or discontinuance of a job.

[52] Notably, adjudicators did not interpret their mandate as requiring the *automatic* application of the arbitral jurisprudence or any remedies. Instead, while they "have drawn heavily" from it, they also "modified it in order to reflect the differences at

travail stipule d'autres conditions. Bien entendu, comme pour les autres protections dont jouissent en principe les travailleurs en vertu du droit commun, cette protection a toujours été difficile à mettre en application. Néanmoins, tel est encore aujourd'hui l'état du droit commun, et la Partie III ne renferme aucune disposition pour le modifier. Elle établit toutefois une procédure différente, plus accessible, en vertu de laquelle les travailleurs licenciés pour des raisons d'affaires ou des raisons économiques peuvent réclamer un préavis et une indemnité sans avoir à intenter une poursuite.

. . .

L'un des grands mérites [. . .] est donc de suppléer aux principales lacunes du recours civil. Elle offre des mesures réparatrices efficaces et elle supprime les obstacles à l'accès à la justice que représentent les coûts. Elle concrétise ainsi un principe universellement reconnu — à savoir que nul ne devrait être congédié sans cause. On peut donc considérer la Partie III comme un exercice de réforme de la justice de droit commun. [p. 183 et 188]

[51] L'enseignement le plus important de la jurisprudence arbitrale à propos des nouvelles dispositions est sa définition de ce qui constitue un « congédiement injuste ». Certes, comme le fait remarquer la Cour d'appel fédérale, le terme « injuste » est un outil familier dans l'arsenal des juristes et joue un rôle général, voire emblématique. Or, dans le contexte de la négociation collective, ce terme a une définition précise et bien comprise — et non moins emblématique : les employés visés par une convention collective sont protégés contre le congédiement injuste; ils ne peuvent être congédiés que pour une juste cause. Il incombe à l'employeur de fournir les motifs démontrant en quoi le congédiement est justifié, et l'employé jouit d'importantes mesures de réparation, dont la réintégration dans l'emploi et des mesures disciplinaires progressives. Tout comme le prévoyaient les dispositions adoptées en 1978, les mesures de protection actuelles contre le congédiement injuste ne s'appliquent pas en cas de licenciement ou de suppression de poste.

[52] Il est intéressant de noter que les arbitres ne s'estiment pas obligés par leur mandat d'appliquer *automatiquement* la jurisprudence issue de l'arbitrage des conventions collectives ou d'ordonner une quelconque réparation. Au contraire, s'ils s'en

play in the non-unionized environment": Christie, at p. 688.

[53] The decision which continues to be the accepted theoretical template, was the 1979 decision of Prof. George W. Adams in *Roberts v. Bank of Nova Scotia* (1979), 1 L.A.C. (3d) 259 (Can.). It helps illuminate what is generally understood by the terms "just cause" and "Unjust Dismissal":

> I am of the view that when Parliament used the notion of "unjustness" in framing [ss. 240 to 246], it had in mind the right that most organized employees have under collective agreements — the right to be dismissed only for "just cause". I am of this view because the common law standard is simply "cause" for dismissal whereas "unjust" denotes a much more qualitative approach to dismissal cases. Indeed, in the context of modern labour relations, the term has a well understood content — a common law of the shop if you will: see Cox, "Reflections Upon Labour Arbitration", 72 Harv. L. Rev. 1482 (1958) at p. 1492. But having said that, I do not deny that the statute is silent on a whole host of important considerations that will, in any particular case, affect the precise meaning to be given to "justness". [pp. 264-65]

[54] He concluded that Parliament must also have had the concept of progressive discipline in mind (*Roberts*, at pp. 265-66). This concept generally requires employers seeking to justify the dismissal to demonstrate that they have made the employee aware of performance problems, worked with the employee to rectify them, and imposed "a graduated repertoire of sanctions before resorting to the ultimate sanction of dismissal": Arthurs Report, at p. 96; Christie, at pp. 690-91.

[55] Professor Adams explained why he thought progressive discipline was incorporated into the scheme:

> Under a collective agreement, arbitrators have adopted the concept of progressive discipline, subject to specific provisions under the collective agreement to the contrary. . . .

sont [TRADUCTION] « inspirés énormément », ils l'ont également « modifiée de sorte qu'elle tienne compte des différences propres au secteur non syndicalisé » (Christie, p. 688).

[53] À ce jour, la sentence rendue en 1979 par le prof. George W. Adams dans l'affaire *Roberts c. Bank of Nova Scotia* (1979), 1 L.A.C. (3d) 259 (Can.), constitue toujours le modèle théorique accepté. Elle met en lumière ce qui est généralement entendu par les termes « juste cause » ou « justifié » et « congédiement injuste » :

> [TRADUCTION] Je suis d'avis que le législateur, en évoquant la notion d'« injustice » quand il a rédigé [les art. 240 à 246], avait à l'esprit le droit qu'ont la plupart des syndiqués en vertu de leur convention collective, à savoir le droit de n'être congédié que pour une « juste cause ». Je suis de cet avis parce que la norme de common law est celle de la simple « cause » de congédiement, tandis que le terme « injuste » révèle une démarche bien plus qualitative en matière de congédiement. En effet, dans le contexte moderne des relations du travail, le terme est bien compris — une sorte de common law du boulot, si on veut (voir Cox, « Reflections Upon Labour Arbitration », 72 Harv. L. Rev. 1482 (1958), p. 1492). Ceci dit, je ne nie pas que la loi soit muette à l'égard d'une myriade de considérations importantes qui jouent, dans certains cas, sur la définition précise de ce qui est « juste » et ne l'est pas. [p. 264-265]

[54] Selon lui, le Parlement devait aussi avoir à l'esprit le concept des sanctions progressives (*Roberts*, p. 265-266), selon lequel, en règle générale, l'employeur qui cherche à justifier le congédiement doit démontrer qu'il a signalé les problèmes de rendement à l'employé, cherché avec lui ou elle à les corriger et appliqué « un éventail de sanctions progressives avant de recourir à la mesure ultime du renvoi » (rapport Arthurs, p. 100; Christie, p. 690-691).

[55] Le professeur Adams explique en ces termes pourquoi il estime que les sanctions progressives faisaient partie du régime :

> [TRADUCTION] Dans le secteur syndiqué, les arbitres ont adopté le concept des sanctions progressives, sous réserve de dispositions contraires dans le texte de la convention collective. . .

. . . Parliament must have had this basic concept in mind when it enacted the instant provision because it is the very essence of "justness" in any labour relations sense . . . . [M]ore fundamentally, it would be my view that on the enactment of [ss. 240 to 246] all employers subject to this new provision were accorded the powers to meet the requirements of progressive discipline. With the greatest of respect, [a] more technical and contrary interpretation . . . would simply frustrate and squander the purpose of this legislation. [Citations omitted.]

(*Roberts*, at pp. 265-66)

[56] But he also noted that adjudicators should be mindful of the varying employment contexts under the *Code*, so that the arbitral jurisprudence is not rigidly applied:

However, this does not mean that Adjudicators should import the law of the collective agreement in discipline cases unthinkingly and without modification. They should be extremely sensitive to the varying employment contexts subject to this new provision of the Code, many of which may not fit comfortably within the "industrial" discipline model. In such cases appropriate modifications can be made as required. Thus, I must ask whether the use of suspensions in the banking industry ought not to be required.

(*Roberts*, at p. 266)

[57] Ultimately Prof. Adams concluded that while the dismissal in the case before him was unjust, he did not consider reinstatement to be an appropriate remedy in the circumstances. Instead, he awarded Ms. Roberts the equivalent of five months' wages.

[58] What turned out to be the consensus interpretation of the new provisions as reflected in the *Roberts* decision, was also the interpretation accepted by Prof. Gordon Simmons in a report commissioned by Labour Canada to explain the provisions:

. . . lorsqu'il a adopté la disposition en cause, le législateur devait avoir ce concept fondamental à l'esprit, car il touche à l'essence même de ce qui est « juste » dans le contexte des relations du travail [. . .] [A]u fond, je suis d'avis que, dès l'édiction des [art. 240 à 246], tous les employeurs visés par cette nouvelle disposition se sont vu conférer les pouvoirs leur permettant de faire respecter les prescriptions en matière de sanctions progressives. Soit dit en tout respect, [une] interprétation contraire, plus technique, [. . .] irait tout simplement à l'encontre de l'objet de cette loi et en diluerait les effets. [Références omises.]

(*Roberts*, p. 265-266)

[56] Toutefois, il a également mis en garde contre une application rigide de la jurisprudence issue de l'arbitrage de conventions collectives, rappelant que le *Code* vise divers contextes d'emploi :

[TRADUCTION] Or, je ne veux pas dire par là que les arbitres doivent importer les règles applicables aux conventions collectives dans les affaires disciplinaires à la légère et sans les adapter. Il faut qu'ils soient extrêmement sensibles à la diversité des contextes d'emploi visés par la nouvelle disposition du *Code*, car plusieurs ne cadrent pas facilement avec le modèle « industriel » en matière de discipline. Dans ces cas, les adaptations nécessaires peuvent être apportées. Ainsi, je dois demander s'il n'y aurait pas lieu d'exiger l'application de suspensions dans l'industrie bancaire.

(*Roberts*, p. 266)

[57] Le professeur Adams a finalement conclu au congédiement injuste dans l'affaire dont il était saisi. Toutefois, selon lui, réintégrer Mme Roberts dans son emploi ne constituait pas une réparation adéquate dans les circonstances. Il a plutôt ordonné à son égard le versement d'une indemnité équivalant à cinq mois de salaire.

[58] L'interprétation des nouvelles dispositions exprimée dans la sanction *Roberts* fera consensus. C'est également l'interprétation que retiendra le prof. Gordon Simmons dans le rapport réalisé à la demande de Travail Canada pour expliquer les dispositions :

For some guidance as to what constitutes just or unjust dismissal we can turn to nearly three decades of dismissal decisions pursuant to collective agreements. There are no hard and fast rules as each situation must be determined according to the particular circumstances of each case. However, the arbitral jurisprudence which has been developed can act as a guide to what have traditionally been regarded as sufficient or insufficient grounds for just dismissal.

(C. Gordon Simmons, *Meaning of Dismissal: The Meaning of Dismissals Under Division V.7 of Part III of the Canada Labour Code* (1979), at p. 1)

[59] Until 1994, when Adjudicator T. W. Wakeling broke away in *Knopp v. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL), the adjudicative path was clear that an employee could only be dismissed for just cause as that term was understood in the collective bargaining context. Adjudicator Wakeling's revisionism led him to conclude that the common law approach applied, and that if the employer has satisfied the requirements in ss. 230(1) and 235(1) of the *Code* or according to the common law, whichever amount is higher, the dismissal would not be unjust. His is the interpretation accepted by the Federal Court of Appeal in this case.

[60] Out of the over 1,740 adjudications and decisions since the Unjust Dismissal scheme was enacted, my colleagues have identified only 28 decisions that are said to have followed the Wakeling approach: Reagan Ruslim, "Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code*: New Law, Old Statute" (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (online), at p. 28. Of these 28 decisions, 10 were rendered after this case was decided at the Federal Court and are therefore not relevant to determining the degree of "discord" amongst adjudicators before this case was heard: *Sharma v. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare v. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill v. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th)

Pour des indications sur ce qui constitue un congédiement juste ou injuste, nous disposons de près de trois décennies de décisions d'arbitres ou de conseils d'arbitrage établis conformément à des conventions collectives. Aucune règle précise n'existe et chaque situation doit être réglée selon ses circonstances propres. Toutefois, la jurisprudence qui a pris forme petit à petit peut servir de guide quant à ce qui a traditionnellement été considéré comme un motif suffisant ou insuffisant de congédiement juste.

(C. Gordon Simmons, *Le congédiement : Le congédiement, aux termes de la division V.7 de la partie III du Code canadien du travail* (1979), p. 1)

[59] Avant la rupture effectuée par l'arbitre T. W. Wakeling en tranchant *Knopp c. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL), la voie était claire : un employé pouvait seulement être congédié pour une juste cause, au sens où il fallait entendre ce terme dans le contexte de la négociation collective. Le révisionnisme pratiqué par l'arbitre Wakeling l'a mené à conclure que les règles de common law s'appliquaient et que le fait pour l'employeur de respecter les prescriptions des par. 230(1) et 235(1) du *Code* ou celles prévues par la common law, si elles étaient plus généreuses, suffisait pour que le congédiement ne soit pas injuste. La Cour d'appel fédérale a repris son interprétation en l'espèce.

[60] Parmi plus de 1740 sentences arbitrales et décisions rendues depuis l'adoption du régime de congédiement injuste, mes collègues ont compté seulement 28 décisions qui ont suivi la démarche préconisée par M. Wakeling (Reagan Ruslim, « Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code* : New Law, Old Statute » (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (en ligne), p. 28). Parmi ces 28 décisions, 10 ont été rendues après la décision de la Cour fédérale en l'espèce et ne comptent donc pas lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de « discorde » au sein des arbitres avant la présente affaire (*Sharma c. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare c. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill c. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation,*

139; *O'Brien v. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman v. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat v. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; and *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.).

[61] That leaves 18 cases that have applied the Wakeling approach. Three of them were decided by Adjudicator Wakeling himself. In other words, the "disagreement [that] has persisted for at least two decades" referred to by my colleagues consists of, at most, 18 cases out of over 1,700 (para. 74). What we have here is a drop in the bucket which is being elevated to a jurisprudential parting of the waters.

[62] Even AECL concedes in its factum that "[t]he majority of adjudicators have held that employees may only be dismissed for just cause." This consensus is hardly surprising given the unchallenged goals of the Unjust Dismissal scheme and their incompatibility with what is available under the common law.

[63] In fact, the foundational premise of the common law scheme — that there is a right to dismiss on reasonable notice without cause or reasons — has been completely replaced under the *Code* by a regime *requiring* reasons for dismissal. In addition, the galaxy of discretionary remedies, including, most notably, reinstatement, as well as the open-ended equitable relief available under s. 242(4)(c), are also utterly inconsistent with the right to dismiss without cause. If an employer can continue to dismiss without cause under the *Code* simply by providing adequate severance pay, there is virtually no role for the plurality of remedies available to the adjudicator under ss. 240 to 245.

[64] It is true that under s. 246, dismissed employees may choose to pursue their common law remedy of reasonable notice or pay in lieu in the civil courts

Re (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien c. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman c. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat c. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; et *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.)).

[61] Il reste donc 18 affaires ayant appliqué cette démarche, dont trois ayant été tranchées par l'arbitre Wakeling lui-même. Autrement dit, le « désaccord [qui] perdure depuis au moins une vingtaine d'années » selon mes collègues est formé tout au plus de 18 affaires sur plus de 1700 (par. 74). On parle ici d'une goutte d'eau dans la mer qu'on tente d'élever à une séparation des eaux jurisprudentielles.

[62] Même EACL concède dans son mémoire que [TRADUCTION] « [l]a majorité des arbitres ont conclu que les employés ne peuvent être congédiés que pour une juste cause. » Ce consensus n'est guère surprenant, compte tenu des objectifs incontestés du régime de congédiement injuste et de leur incompatibilité avec les mesures que prévoient les règles de common law.

[63] En fait, la prémisse fondamentale du régime de common law, à savoir qu'il existe un droit de congédier un employé sans motif moyennant un préavis raisonnable, a été remplacée complètement par un régime prévu dans le *Code exigeant* que le congédiement soit motivé. En outre, la constellation des réparations à la disposition de l'arbitre — notamment la réintégration dans l'emploi et les autres mesures équitables qu'il peut accorder en vertu de l'al. 242(4)c) — est incompatible avec un tel droit. Si l'employeur était autorisé par le *Code* à congédier un employé sans motif à la seule condition qu'il verse à ce dernier une indemnité de départ adéquate, la pluralité des réparations que mettent les art. 240 à 245 à la disposition de l'arbitre ne servirait pratiquement à rien.

[64] Certes, l'art. 246 permet à l'employé congédié de revendiquer les réparations de common law que constituent le préavis raisonnable ou l'indemnité

instead of availing themselves of the dismissal provisions and remedies in the *Code*. But if they choose to pursue their rights under the Unjust Dismissal provisions of the *Code*, only those provisions apply. As Prof. Arthurs observed in his Report:

> . . . the two types of proceedings differ most importantly in other respects.
>
> The first relates to remedies. If successful in a civil action, an employee is entitled to damages equivalent to whatever compensation he or she would have received if the employment contract had been allowed to run its natural course — that is, for whatever period of notice would have been "reasonable." If an employer has been unfair or high-handed in carrying out the discharge, the employee may be awarded additional damages. *By contrast, if successful before an Adjudicator under Part III, an employee is entitled both to reinstatement and to compensation, not only for the duration of the notice period, but for all losses attributable to the discharge. These are potentially more extensive and expensive remedies than those a court might award.* [Emphasis added; p. 177.]

[65] It is worth noting that the *Code*'s scheme, which was enacted in 1978, was preceded by similar Unjust Dismissal protection in Nova Scotia in 1975, and followed by a similar scheme in Quebec in 1979.[11] Unlike other provinces, the Nova Scotia and Quebec schemes display significant structural similarities to the federal statute. They apply only after an employee has completed a certain period of service and do not apply in cases of termination for economic reasons or layoffs. Like the federal scheme, the two provincial ones have been consistently applied as prohibiting dismissals without cause, and grant a wide range of remedies such as reinstatement and compensation.

[11] *An Act to Amend Chapter 10 of the Acts of 1972, the Labour Standards Code,* S.N.S. 1975, c. 50, s. 4; *An Act respecting labour standards*, S.Q. 1979, c. 45, s. 124.

en guise et lieu de préavis devant les cours de justice civile plutôt que de se prévaloir des dispositions sur le congédiement et des réparations offertes par le *Code*. Cependant, s'il choisit de faire valoir ses droits par la procédure de congédiement injuste du *Code*, seules ces dispositions sont applicables. À ce propos, citons un passage du rapport Arthurs :

> . . . les différences les plus importantes entre les deux catégories de recours résident ailleurs.
>
> La première différence a trait aux mesures de redressement. S'il a gain de cause dans une poursuite civile, l'employé a droit à des dommages-intérêts équivalant à l'indemnité qu'il aurait reçue si on avait laissé le contrat de travail suivre son cours normal — c'est-à-dire pour toute période de préavis qui aurait été jugée « raisonnable ». Lorsqu'un employeur a été injuste ou arbitraire dans sa façon de congédier un employé, celui-ci peut bénéficier de dommages-intérêts additionnels. *En revanche, si un employé a gain de cause devant un arbitre en vertu de la Partie III, l'employeur est tenu de le réintégrer dans son poste et de lui verser une indemnité, non seulement pour la durée de la période de préavis, mais pour toutes les pertes attribuables au congédiement. Ces mesures de redressement peuvent être plus étendues et plus coûteuses que celles qu'un tribunal de droit commun peut accorder.* [Italiques ajoutés; p. 188.]

[65] Il vaut la peine de mentionner que le régime prévu dans le *Code*, qui a été adopté en 1978, était précédé d'une protection semblable contre le congédiement injuste prise en Nouvelle-Écosse en 1975, et suivi d'un régime semblable au Québec en 1979[11]. Contrairement à ceux d'autres provinces, les régimes de la Nouvelle-Écosse et du Québec présentent des similitudes structurelles importantes avec la loi fédérale. Ils s'appliquent seulement si l'employé a travaillé pendant un certain temps et ne s'appliquent pas en cas de licenciement pour des raisons économiques ou de mise à pied. À l'instar du régime fédéral, les deux régimes provinciaux ont systématiquement donné lieu à l'interprétation selon laquelle ils interdisent le congédiement non motivé. Ils prévoient une large fourchette de réparations, comme la réintégration dans l'emploi et l'indemnisation.

[11] *An Act to Amend Chapter 10 of the Acts of 1972, the Labour Standards Code*, S.N.S. 1975, c. 50, art. 4; *Loi sur les normes du travail*, L.Q. 1979, c. 45, art. 124.

[66] It seems to me to be significant that in *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General)*, [2010] 2 S.C.R. 61, interpreting the Unjust Dismissal provision in the Quebec Act, this Court concluded that "[a]lthough procedural in form", the provision creates "a substantive labour standard" (para. 10). It would be untenable not to apply the same approach to the Unjust Dismissal provision in the federal *Code*, and instead to characterize the provision as a mere procedural mechanism.

[67] The remedies newly available in 1978 to non-unionized employees reflect those generally available in the collective bargaining context. And this, as Minister Munro stated, is what Parliament intended. To infer instead that Parliament intended to maintain the common law under the *Code* regime, creates an anomalous legal environment in which the protections given to employees by statute — reasons, reinstatement, equitable relief — can be superseded by the common law right of employers to dismiss whomever they want for whatever reason they want so long as they give reasonable notice or pay in lieu. This somersaults our understanding of the relationship between the common law and statutes, especially in dealing with employment protections, by assuming the continuity of a more restrictive common law regime notwithstanding the legislative enactment of benefit-granting provisions to the contrary: *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1003; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 36.

[68] AECL's argument that employment can be terminated without cause so long as minimum notice or compensation is given, on the other hand, would have the effect of rendering many of the Unjust Dismissal remedies meaningless or redundant. The requirement to provide reasons for dismissal under s. 241(1), for example, would be redundant. And, if an employee were ordered to be reinstated under s. 242(4)(b), it could well turn out to be a

[66] Il importe également, à mon avis, de souligner que la Cour dans *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 61, a conclu à propos de la disposition sur le congédiement injuste de la loi québécoise que « [s]e présentant sous une forme procédurale », elle crée « une norme substantielle du travail » (par. 10). Il serait injustifiable de ne pas appliquer la même méthode d'analyse à la disposition sur le congédiement injustice contenue dans le *Code* et de caractériser plutôt la disposition de simple mécanisme procédural.

[67] Les nouveaux recours prévus à l'intention des employés non syndiqués dès 1978 reprennent ceux qui existent généralement dans le contexte de la négociation collective. C'est ce que le Parlement entendait, selon le ministre Munro. Si, au contraire, le Parlement avait eu l'intention de maintenir les règles de common law parallèlement au régime prévu par le *Code*, il en résulterait une situation juridique incongrue : les protections conférées par une loi aux employés — motif du congédiement, réintégration dans l'emploi et mesures équitables de réparation — pourraient être supplantées par le droit de l'employeur, prévu par la common law, de congédier n'importe qui pour n'importe quel motif à condition qu'il donne un préavis raisonnable ou verse une indemnité en guise et lieu de préavis. Une telle inférence bouleverse la conception du rapport entre la common law et les lois, tout particulièrement en ce qui a trait à la protection des employés, car elle signifierait qu'un régime de common law plus restrictif serait maintenu malgré l'adoption de dispositions légales contraires conférant des avantages (*Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 1003; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 36).

[68] Par ailleurs, l'argument invoqué par EACL selon lequel il peut être mis fin à l'emploi sans motif moyennant le préavis minimal ou l'indemnité en guise et lieu de préavis aurait pour effet de rendre inutiles les réparations à l'encontre du congédiement injuste. L'obligation de fournir les motifs du congédiement prévue au par. 241(1), par exemple, serait inutile. De plus, la possibilité, prévue à l'al. 242(4)b), d'ordonner la réintégration de

meaningless remedy if the employer could simply dismiss that employee again by giving notice and severance pay. These consequences result in statutory incoherence. Only by interpreting ss. 240 to 246 as representing a displacement of the employer's ability at common law to fire an employee without reasons if reasonable notice is given, does the scheme and its remedial package make sense.

[69] That is how the 1978 provisions have been almost universally applied, including — reasonably — by the Adjudicator hearing Mr. Wilson's complaint. It is an outcome that is anchored in parliamentary intention, statutory language, arbitral jurisprudence, and labour relations practice. To decide otherwise would fundamentally undermine Parliament's remedial purpose. I would allow the appeal with costs throughout and restore the decision of the Adjudicator.

The following are the reasons delivered by

[70] The Chief Justice and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. — We agree with Justice Abella that, under the current framework, the standard of review is reasonableness. We also agree with her disposition of the appeal on the merits and with her analysis of the two conflicting interpretations of the Unjust Dismissal provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, proposed to the Court. Adjudicator Schiff's decision was reasonable, and it should be restored. We appreciate Justice Abella's efforts to stimulate a discussion on how to clarify or simplify our standard of review jurisprudence to better promote certainty and predictability. However, as it is unnecessary to do so in order to resolve this case, we are not prepared to endorse any particular proposal to redraw our current standard of review framework at this time.

l'employé dans son poste si l'employeur pouvait simplement le congédier à nouveau en lui donnant cette fois-ci le préavis et l'indemnité de départ ne servirait à rien. Ces conséquences créent de l'incohérence juridique. C'est seulement en concluant que les art. 240 à 246 ont écarté le droit que la common law reconnaît à l'employeur de congédier un employé sans motif moyennant le préavis raisonnable que le régime et ses réparations se tiennent.

[69] C'est ainsi que les dispositions de 1978 ont presque toujours été interprétées, y compris, raisonnablement, par l'arbitre ayant entendu la plainte de M. Wilson. Cette interprétation est fondée sur l'intention du Parlement, le libellé de la loi, la jurisprudence arbitrale et les pratiques dans le domaine des relations du travail. Toute autre conclusion contredit fondamentalement l'intention du Parlement, qui est d'apporter une solution de droit. Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant toutes les cours et de rétablir la décision de l'arbitre.

Version française des motifs rendus par

[70] La Juge en chef et les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon — Nous sommes d'accord avec la juge Abella pour dire que, selon le cadre actuel, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Nous souscrivons également à la solution que propose la juge Abella pour trancher le présent pourvoi au fond et à son analyse des deux interprétations contradictoires proposées à la Cour à l'égard des dispositions du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, sur le congédiement injuste. La décision de l'arbitre Schiff était raisonnable, et il convient de la rétablir. Nous reconnaissons les efforts déployés par la juge Abella en vue de stimuler la discussion sur le moyen de clarifier ou de simplifier notre jurisprudence sur la norme de contrôle dans le but de favoriser la certitude et la prévisibilité. Toutefois, comme l'affaire dont nous sommes saisis ne nécessite pas que l'on se prononce sur cette question, nous ne sommes pas disposés pour l'instant à souscrire à une quelconque proposition de réforme du cadre actuel relatif à la norme de contrôle.

The following are the reasons delivered by

[71] Cromwell J. — I agree with Justice Abella, for the reasons she gives at paras. 15-18 and 38-40, that the standard of review is reasonableness. I also agree, for the reasons she gives at paras. 41-69, that the adjudicator's decision was reasonable. I therefore agree that the appeal should be allowed with costs throughout and that the decision of the adjudicator should be restored. I write separately only to indicate two things.

[72] The first is that, in my respectful view, our standard of review jurisprudence does not need yet another overhaul and that, as a result, I respectfully disagree with the approach that Justice Abella develops in *obiter*. In my view, *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, sets out the appropriate framework for addressing the standard of judicial review. No doubt, that framework can and will be refined so that the applicable standard of review may be identified more easily and more consistently. But the basic *Dunsmuir* framework is sound and does not require fundamental re-thinking.

[73] The second and related point is to underline my agreement with para. 18 of Justice Abella's reasons in which she rejects the Federal Court of Appeal's approach of attempting "to calibrate reasonableness by applying a potentially indeterminate number of varying degrees of deference". Of course, reasonableness, while "a single standard" nonetheless "takes its colour from the context": see, e.g., *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 74. Reasonableness must, therefore, "be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors": *Catalyst Paper Corp.*, at

Version française des motifs rendus par

[71] Le juge Cromwell — Pour les motifs qu'elle exprime aux par. 15-18 et 38-40, je suis d'accord avec la juge Abella pour dire que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Je conviens également, pour les raisons exposées aux par. 41-69 de ses motifs, que la décision de l'arbitre est raisonnable. Par conséquent, je partage l'avis de ma collègue selon qui l'appel doit être accueilli avec dépens devant toutes les cours, et la décision de l'arbitre rétablie. Toutefois, je tiens à mentionner deux points.

[72] Premièrement, soit dit en tout respect, je ne vois pas la nécessité d'une autre réforme fondamentale de notre jurisprudence sur la norme de contrôle et, par conséquent, ne souscris pas à la démarche préconisée par ma collègue en *obiter*. À mon avis, l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, établit le bon cadre permettant de déterminer la norme applicable à un contrôle judiciaire. Indubitablement, ce cadre peut être raffiné — et le sera — de sorte que le choix de la norme de contrôle applicable se révélera plus facilement et plus constamment. Le cadre élaboré dans *Dunsmuir* est solide et ne nécessite pas d'être repensé en profondeur.

[73] Deuxièmement — et dans la même veine —, je tiens à manifester mon accord avec la juge Abella à propos du par. 18 de ses motifs dans lequel elle rejette la démarche préconisée par la Cour d'appel fédérale, qui tente « d'étalonner la norme en appliquant des degrés potentiellement indéterminés de déférence ». Certes, la norme de la décision raisonnable, bien qu'elle « constitue une norme unique », « s'adapte au contexte » (voir p. ex. *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 74). Par conséquent, le caractère raisonnable « s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus

para. 18. However, in my opinion, developing new and apparently unlimited numbers of gradations of reasonableness review — the margins of appreciation approach created by the Federal Court of Appeal — is not an appropriate development of the standard of review jurisprudence.

décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents » (*Catalyst Paper Corp.*, par. 18). Or, à mon avis, ouvrir la porte au contrôle judiciaire selon une norme de la décision raisonnable repensée et caractérisée par des degrés de contrôle apparemment illimités — la démarche de la marge d'appréciation élaborée par la Cour d'appel fédérale — ne constitue pas une évolution souhaitable de la jurisprudence en la matière.

The reasons of Moldaver, Côté and Brown JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Moldaver, Côté et Brown rendus par

[74] CÔTÉ AND BROWN JJ. (dissenting) — Labour adjudicators have disagreed on the issue of whether it is ever lawful for a federally regulated employer to dismiss a non-unionized employee without cause. This disagreement has persisted for at least two decades. Federally regulated employers and employees are left in a state of uncertainty about the fundamentals of their employment relationship. The adjudicator in this case found that only dismissals for cause are permitted under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2. On judicial review, the Federal Court and Federal Court of Appeal disagreed: 2013 FC 733, 435 F.T.R. 300; 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467. Both courts held that dismissals without cause are permitted under the *Code*. The application for judicial review was allowed and the matter was remitted to the adjudicator to determine an appropriate remedy.

[74] LES JUGES CÔTÉ ET BROWN (dissidents) — Un désaccord règne au sein des arbitres en droit du travail sur la question de savoir s'il est légal pour un employeur régi par la législation fédérale de congédier sans motif un employé non syndiqué. Ce désaccord perdure depuis au moins une vingtaine d'années. Les employeurs et les employés régis par la législation fédérale sont ainsi plongés dans l'incertitude quant aux tenants et aboutissants de leur lien d'emploi. En l'espèce, l'arbitre a conclu que le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (« *C.c.t.* »), ne permet que les congédiements motivés. Saisies d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont exprimé un avis différent, jugeant que le *C.c.t.* permettait les congédiements non motivés (2013 CF 733; 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467). La demande de contrôle judiciaire a été accueillie, et l'affaire a été renvoyée à l'arbitre pour qu'il ordonne la réparation appropriée.

[75] We agree with the Federal Court and the Federal Court of Appeal. A dismissal without cause is not *per se* unjust, so long as adequate notice is provided. However, such a dismissal does not allow the employer to escape the scrutiny of an adjudicator or the courts if the employee chooses to challenge the lawfulness of the dismissal. The adjudicator in this case adopted the opposite interpretation, holding that dismissal without cause is automatically an unjust dismissal. Because the adjudicator's interpretation of ss. 240 to 246 of the *Code* is inconsistent with the text, context and purpose of these provisions, it ought to be set aside.

[75] Nous sommes du même avis que la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale. Un congédiement non motivé n'est pas en soi injuste, dès lors qu'un préavis suffisant a été donné. Toutefois, ce type de congédiement ne permet pas à l'employeur de se soustraire à un contrôle arbitral ou judiciaire, si l'employé décide de contester la légalité de son congédiement. En l'espèce, l'arbitre a retenu l'interprétation contraire : un congédiement non motivé est nécessairement injuste. L'interprétation par l'arbitre des art. 240 à 246 du *C.c.t.* étant incompatible avec le texte, le contexte et l'objet de ces dispositions, elle doit être écartée.

I. Standard of Review

[76] For the reasons we set out below, we would apply a correctness review to the narrow and distilled legal issue in this case.

[77] The parties before this Court agreed that the standard of review is reasonableness. However, the determination of the standard of review that applies in any case is a question of law, and "agreement between the parties cannot be determinative of the matter": *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at para. 6. Our colleague Justice Abella stated this point succinctly in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at para. 33, when she observed that "the parties should not be able, by agreement, to *contract out* of the appropriate standard of review" (emphasis in original).

[78] We note Abella J.'s proposed revisions to the standard of review, expressly made in *obiter dicta*. While we appreciate the constructive spirit in which they are proposed, and while we harbour concerns about their merits, we prefer to confine any statement regarding what is already the subject of a peripatetic body of jurisprudence to a judicial pronouncement.

Rule of Law Concerns Justify Correctness Review in This Case

[79] In our view, this case exposes a serious concern for the rule of law posed by presumptively deferential review of a decision-maker's interpretation of its home statute. In the specific context of this case, correctness review is justified. To conclude otherwise would abandon rule of law values in favour of indiscriminate deference to the administrative state.

I. Norme de contrôle

[76] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que la question précise de droit pur que soulève le pourvoi doit être résolue en appliquant la norme de la décision correcte.

[77] Les parties devant la Cour ont convenu que la norme applicable est celle de la décision raisonnable. Toutefois, la norme de contrôle applicable à un cas donné est une question de droit, et « l'accord des parties ne peut être concluant sur ce point » (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 6). Notre collègue, la juge Abella, a d'ailleurs résumé la question de façon succincte dans l'arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 33, en faisant observer que « [l]es parties ne devraient certes pas avoir la faculté de *se soustraire*, d'un commun accord, à l'application de la norme de contrôle appropriée » (en italique dans l'original).

[78] Nous avons pris connaissance de la réforme que propose la juge Abella à la norme de contrôle, qu'elle présente expressément en *obiter dicta*. Bien que nous admirions l'esprit constructif qui sous-tend la démarche, et bien que nous ayons des réserves quant à son bien-fondé, nous croyons préférable de réserver toute discussion portant sur cette matière ayant déjà fait couler beaucoup d'encre à une décision judiciaire.

La primauté du droit justifie l'application de la norme de la décision correcte en l'espèce

[79] À notre avis, la présente affaire soulève de sérieuses questions relatives au respect du principe de la primauté du droit en raison de la présomption voulant que la déférence s'impose dès qu'il s'agit du contrôle de l'interprétation, par un décideur, de sa propre loi constitutive. Dans le contexte spécifique du présent dossier, la norme de la décision correcte est celle qui doit être appliquée. Conclure le contraire revient à abandonner la primauté du droit au bénéfice d'une déférence aveugle à l'Administration.

[80] This Court has recognized that, where deference is owed, a decision-maker's interpretation of the law will be reasonable if it falls within a range of intelligible, defensible outcomes: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47. As a general proposition, we agree.

[81] However, deferring in this way on matters of statutory interpretation opens up the possibility that different decision-makers may each reach opposing interpretations of the same provision, thereby creating "needless uncertainty in the law [in the sense that] individuals' rights [are] dependent on the identity of the decision-maker, not the law": J. M. Evans, "Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?" (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 101, at p. 105. This concern was raised forcefully by Stratas J.A. at the Federal Court of Appeal in the present case, and has been expressed elsewhere: see, e.g., *Altus Group Ltd. v. Calgary (City)*, 2015 ABCA 86, 599 A.R. 223, at paras. 31-33; *Abdoulrab v. Ontario Labour Relations Board*, 2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641, at para. 48; *Taub v. Investment Dealers Assn. of Canada*, 2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169, at paras. 65-67.

[82] In theory, these disagreements can last forever. Administrative decision-makers are not bound by the principle of *stare decisis*, and many decision-makers — like the labour adjudicators in the present case — lack an institutional umbrella under which issues can be debated openly and a consensus position can emerge.

[83] This is precisely what has occurred in the present case. For decades, labour adjudicators across the country have come to conflicting interpretations of the unjust dismissal provisions of Part III of the *Code*. These conflicting interpretations go to the heart of the federal employment law regime: Is an employer ever permitted to dismiss a non-unionized employee without cause? Some adjudicators say yes. Some say no. Lower courts have found both interpretations to be reasonable: see, e.g., Federal Court

[80] La Cour a reconnu que, lorsque la déférence est de mise, l'interprétation que le décideur fait de la loi est raisonnable si elle appartient aux issues acceptables et intelligibles (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47). À titre d'énoncé général, nous en convenons.

[81] Toutefois, une telle déférence quant à des questions d'interprétation législative emporte la possibilité que deux décideurs donnent des interprétations contraires d'une même disposition et créent [TRADUCTION] « une incertitude juridique inutile [étant donné que] les droits individuels dépendent non pas de la loi, mais de l'identité du décideur » (J. M. Evans, « Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 101, p. 105). Le juge Stratas, de la Cour d'appel fédérale, n'y est pas allé de main morte pour exprimer cette préoccupation dans la présente affaire, laquelle avait déjà été soulevée auparavant (voir p. ex. *Altus Group Ltd. c. Calgary (City)*, 2015 ABCA 86, 599 A.R. 223, par. 31-33; *Abdoulrab c. Ontario Labour Relations Board*, 2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641, par. 48; *Taub c. Investment Dealers Assn. of Canada*, 2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169, par. 65-67).

[82] En théorie, ces désaccords peuvent durer indéfiniment. En effet, les tribunaux administratifs ne sont pas liés par le principe de l'autorité du précédent, et bon nombre d'entre eux — comme les arbitres du travail dans le cas qui nous occupe — ne disposent pas d'un cadre institutionnel leur permettant de débattre les questions ouvertement et favorisant l'émergence d'un consensus.

[83] C'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce. Pendant des décennies, les arbitres du travail dans tout le pays ont proposé des interprétations contradictoires des dispositions de la partie III du *C.c.t.* relatives au congédiement injuste. Ces interprétations contradictoires vont à l'essence même du régime fédéral du droit du travail : est-il jamais possible pour un employeur de congédier sans motif un employé non syndiqué? Certains arbitres répondent oui, d'autres non. Les cours siégeant en révision

reasons and *Pierre v. Roseau River Tribal Council*, [1993] 3 F.C. 756 (T.D.).

[84] The rule of law and the promise of orderly governance suffer as a result. When reasonableness review insulates conflicting interpretations from judicial resolution, the identity of the decision-maker determines the outcome of individual complaints, not the law itself. And when this is the case, we allow the caprice of the administrative state to take precedence over the "general principle of normative order": *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, at para. 20; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 71; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at pp. 747-52.

[85] More troubling still, such a situation calls into question our legal system's foundational premise that there is "one law for all" (*Reference re Secession of Quebec*, at para. 71), since, realistically, what the law means depends on whether one's case is decided by one decision-maker or another. It goes without saying that the rule of law, upon which our Constitution is expressly founded, requires something closer to universal application.

[86] The cardinal values of certainty and predictability — which are themselves core principles of the rule of law (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at p. 37) — are also compromised. In the context of the present case, leaving unresolved a divided body of arbitral decisions clouds an essential feature of the federal regime governing employment relationships. Federally regulated employers cannot predictably determine when and how they can dismiss their employees, while employees are left in a state of uncertainty about the extent of their job security.

[87] The conflicting adjudicative jurisprudence has done more than just create general uncertainty. It creates the risk that the *very same* federally regulated employer might be subjected to conflicting

ont jugé les deux interprétations raisonnables (voir p. ex. motifs de la Cour fédérale et *Pierre c. Conseil tribal de Roseau River*, [1993] 3 C.F. 756 (1re inst.)).

[84] La primauté du droit et la promesse d'une gouvernance ordonnée en souffrent. Lorsque l'application de la norme de la décision raisonnable a pour effet de mettre des interprétations contradictoires à l'abri de toute intervention judiciaire, c'est l'identité du décideur, et non la loi, qui détermine l'issue des plaintes individuelles. En pareil cas, les caprices de l'Administration ont préséance sur le « principe [. . .] général de l'ordre normatif » (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 20; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 71; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 747-752).

[85] Encore plus troublant, une telle situation remet en cause le principe fondamental de notre système juridique suivant lequel il y a « une seule loi pour tous » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 71), étant donné que, concrètement, le sens de la loi dépend du décideur appelé à trancher le différend. Il va sans dire que le principe de la primauté du droit, sur lequel notre Constitution est expressément fondée, exige que l'on applique une norme plus universelle.

[86] Les valeurs fondamentales que sont la certitude et la prévisibilité — elles-mêmes des éléments centraux de la primauté du droit (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 37) — s'en trouvent également compromises. En l'espèce, laisser la jurisprudence arbitrale partagée signifie brouiller une caractéristique essentielle du régime fédéral en matière de relations de travail : les employeurs régis par la législation fédérale ne savent pas dans quels cas et selon quelles modalités ils peuvent congédier leurs employés, et les employés vivent dans l'incertitude quant à leur sécurité d'emploi.

[87] Cette jurisprudence arbitrale contradictoire n'a pas seulement provoqué une incertitude généralisée. Elle crée le risque que le *même* employeur régi par la législation fédérale soit assujetti à des

legal interpretations, such that it may be told in one case that it *can* dismiss an employee without cause, while being told in another case that it *cannot*. As Rothstein J. stated in his concurring opinion in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 90, "[d]ivergent applications of legal rules undermine the integrity of the rule of law." This is not mere conjecture; it has already happened to Atomic Energy of Canada Limited, the respondent in the matter before us: see Federal Court reasons and *Champagne v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2012 CanLII 97650. We would echo the statement of McLachlin J. (as she then was) in her concurring opinion in *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739, that judicial intervention may be required to resolve conflicting administrative decisions:

> We must not forget that the parties involved in problems of this sort are often providing services of considerable importance to the public. It is the task of the legal system to provide them with clear guidance as to their legal obligations so that they can provide the services that they are required to provide in an efficacious and legal manner. When two different boards have given conflicting definitions of a body's legal obligations, it is important that the body be afforded means of determining which obligation prevails and which it must obey. The boards themselves cannot determine this. The only body which can do it is the court. [para. 79]

[88] Finally, the existence of lingering disagreements amongst decision-makers undermines the very basis for deference. It makes little sense to defer to the interpretation of one decision-maker when it is clear that other similarly situated decision-makers — whose decisions are equally entitled to deference — have reached a different result. To accord deference in these circumstances privileges the expertise of the decision-maker whose decision is currently subject

interprétations législatives contradictoires, à telle enseigne que dans un cas on jugerait qu'il *serait autorisé* à congédier sans motif un employé alors que dans un autre on jugerait qu'il *ne le serait pas*. Comme le juge Rothstein l'indique dans son opinion concordante dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 90, « [l]e manque de cohérence dans l'application des règles de droit mine l'intégrité de la primauté du droit. » Et ceci n'est pas pure spéculation; c'est déjà arrivé à Énergie Atomique du Canada Limitée, intimée en l'espèce (voir motifs de la Cour fédérale et *Champagne c. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2012 CanLII 97650). Nous faisons nôtres les propos de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans ses motifs concordants dans l'arrêt *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, dans lequel elle souligne que l'intervention judiciaire peut se révéler nécessaire pour résoudre le problème d'interprétations administratives contradictoires :

> Nous ne devons pas oublier que les parties aux prises avec des problèmes de la sorte offrent souvent des services d'une importance considérable pour le public. Il appartient au système juridique de leur donner des directives claires sur leurs obligations légales, de façon à ce qu'elles puissent fournir les services exigés d'elles, d'une façon efficace et légale. Lorsque deux conseils différents ont défini de façon contradictoire les obligations légales d'un organisme, il est important que cet organisme dispose des moyens de déterminer quelle est l'obligation qui doit prévaloir et quelle est celle dont il doit s'acquitter. Les conseils eux-mêmes ne peuvent faire cette détermination. Le seul organisme habilité à le faire est une cour de justice. [par. 79]

[88] Enfin, l'existence de divergences persistantes entre les décideurs compromet la raison d'être même de la déférence. En effet, il est illogique de s'en remettre à l'interprétation d'un décideur alors que, manifestement, d'autres décideurs saisis de cas semblables — et dont les décisions commandent tout autant le respect — sont parvenus à un résultat différent. La retenue en pareil cas favorise arbitrairement l'expertise du décideur dont la décision est l'objet du

to judicial review over the expertise of other similarly situated decision-makers without any compelling reason for doing so.

[89] We believe, therefore, that where there is lingering disagreement on a matter of statutory interpretation between administrative decision-makers, and where it is clear that the legislature could only have intended the statute to bear one meaning, correctness review is appropriate. This lingering disagreement presupposes that both interpretations are reasonable, since, of course, a contradictory but unreasonable decision will be quashed on judicial review and no lingering disagreement can result. But we wish to make one point clear: it does not matter whether one or one hundred decisions have been rendered that conflict with the "consensus" interpretation identified by the majority. As long as there is one conflicting but reasonable decision, its very existence undermines the rule of law: L. J. Wihak, "Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later" (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 173, at p. 197.

[90] Such a lingering disagreement exists in this case. While the majority says that "almost all" of the adjudicators have adopted the interpretation of the legislative scheme that was accepted by the adjudicator in this case (para. 46), there is a significant line of cases adopting the opposite interpretation: see, e.g., *Sharma v. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare v. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill v. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien v. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman v. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat v. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Klein v. Royal Canadian Mint*, 2013 CLLC ¶210-013; *Paul v. National Centre for First Nations*

contrôle judiciaire au détriment de celle d'autres décideurs dans un cas semblable.

[89] Nous estimons donc qu'en présence de divergences persistantes entre des décideurs administratifs concernant l'interprétation d'une loi à laquelle le législateur voulait manifestement ne donner qu'un seul sens, c'est la norme de la décision correcte qui doit être appliquée. Ces divergences persistantes tiennent pour acquis que les deux interprétations sont raisonnables, puisque, bien évidemment, la décision qui en contredit une autre et qui est déraisonnable sera annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, ce qui mettra fin aux divergences. De plus, nous tenons à préciser qu'il importe peu que l'interprétation faisant « consensus » dont parlent les juges majoritaires soit contredite par une seule ou par une centaine de décisions; dès lors qu'une décision contraire existe, même si raisonnable, son existence même mine le principe de la primauté du droit (L. J. Wihak, « Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 173, p. 197).

[90] Une telle divergence persistante existe en l'espèce. Même si les juges majoritaires affirment que « presque tous » les arbitres adhèrent à l'interprétation du régime législatif qu'a retenue l'arbitre dans la présente affaire (par. 46), un nombre considérable de décisions vont dans le sens contraire (voir p. ex. *Sharma c. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare c. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill c. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien c. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman c. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat c. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Klein c. Royal Canadian Mint*, 2013 CLLC ¶210-013; *Paul c. National Centre for First*

Governance, 2012 CanLII 85154; *Palmer v. Dempsey Laird Trucking Ltd.*, 2012 CarswellNat 1620 (WL Can.); *Gouchey v. Sturgeon Lake Cree Nation*, 2011 CarswellNat 3430 (WL Can.); *Stark v. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3074 (WL Can.); *Dominic v. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3085 (WL Can.); *McCloud v. Samson Cree Nation*, [2011] C.L.A.D. No. 119 (QL); *Prosper v. PPADC Management Co.*, [2010] C.L.A.D. No. 430 (QL); *Perley v. Maliseet First Nation at Tobique*, 2010 CarswellNat 4618 (WL Can.); *Daniels v. Whitecap Dakota First Nation*, [2008] C.L.A.D. No. 135 (QL); *Armsworthy v. L.H. & Co.*, [2005] C.L.A.D. No. 161 (QL); *Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)*, 2003 CarswellNat 7342 (WL Can.); *Cooper v. Exalta Transport Services Ltd.*, [2002] C.L.A.D. No. 612 (QL); *Chalifoux v. Driftpile First Nation*, [2000] C.L.A.D. No. 368 (QL); *Halkowich and Fairford First Nation*, [1998] C.L.A.D. No. 486 (QL); *D. McCool Transport Ltd. and Bosma*, [1998] C.L.A.D. No. 315 (QL), at paras. 12 et seq.; *Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1996] C.L.A.D. No. 631 (QL); *Knopp v. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL).

[91] This is not an exhaustive list, but serves merely to illustrate that discord exists in the adjudicative jurisprudence on the issue of whether the *Code* permits an employer to dismiss an employee without cause. It is the existence of this discord that undermines the rule of law and justifies correctness review in this case. Further, this is a matter of general importance, defining the basis of the employment relationship for thousands of Canadians. We would also add that questions regarding the dismissal of federal employees do not fall exclusively within the jurisdiction of labour adjudicators. As we will explain below, civil courts also possess jurisdiction over some of these matters. The narrow and distilled question of law raised by this case goes to the very heart of the federal employment relationship. Consistency in defining the nature of this relationship is therefore required.

Nations Governance, 2012 CanLII 85154; *Palmer c. Dempsey Laird Trucking Ltd.*, 2012 CarswellNat 1620 (WL Can.); *Gouchey c. Sturgeon Lake Cree Nation*, 2011 CarswellNat 3430 (WL Can.); *Stark c. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3074 (WL Can.); *Dominic c. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3085 (WL Can.); *McCloud c. Samson Cree Nation*, [2011] C.L.A.D. No. 119 (QL); *Prosper c. PPADC Management Co.*, [2010] C.L.A.D. No. 430 (QL); *Perley c. Maliseet First Nation at Tobique*, 2010 CarswellNat 4618 (WL Can.); *Daniels c. Whitecap Dakota First Nation*, [2008] C.L.A.D. No. 135 (QL); *Armsworthy c. L.H. & Co.*, [2005] C.L.A.D. No. 161 (QL); *Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)*, 2003 CarswellNat 7342 (WL Can.); *Cooper c. Exalta Transport Services Ltd.*, [2002] C.L.A.D. No. 612 (QL); *Chalifoux c. Driftpile First Nation*, [2000] C.L.A.D. No. 368 (QL); *Halkowich and Fairford First Nation*, [1998] C.L.A.D. No. 486 (QL); *D. McCool Transport Ltd. and Bosma*, [1998] C.L.A.D. No. 315 (QL), par. 12 et suiv.; *Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1996] C.L.A.D. No. 631 (QL); *Knopp c. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL)).

[91] Il ne s'agit pas ici d'une liste exhaustive, mais plutôt d'une liste servant à illustrer l'existence d'une divergence entre les arbitres sur la question de savoir si le *C.c.t.* permet à un employeur de congédier un employé sans motif. C'est l'existence même de cette divergence qui mine la primauté du droit et exige l'application de la norme de la décision correcte en l'espèce. Qui plus est, il s'agit d'une question d'importance générale, qui a une incidence sur le fondement du lien d'emploi de milliers de Canadiennes et de Canadiens. Il importe d'ajouter que les questions relatives au congédiement d'employés fédéraux ne relèvent pas exclusivement d'arbitres en droit du travail. Comme nous l'expliquons plus loin, les cours civiles sont également compétentes à plusieurs égards en ce domaine. La question précise de droit pur que soulève la présente affaire touche à l'essence même du lien d'emploi fédéral. Par conséquent, il est essentiel que la cohérence préside à la définition de la nature de ce lien.

[92] We turn now to the merits, applying a correctness review for the reasons set out above.

II. Statutory Provisions

[93] This case concerns the interrelationship between the provisions of Part III of the *Code* which govern non-unionized federal employees.

[94] Section 230 of the *Code* codifies the common law rules on notice periods and wages in lieu of notice when terminating the employment of an employee without cause:

230 (1) Except where subsection (2) applies, an employer who terminates the employment of an employee who has completed three consecutive months of continuous employment by the employer shall, except where the termination is by way of dismissal for just cause, give the employee either

(a) notice in writing, at least two weeks before a date specified in the notice, of the employer's intention to terminate his employment on that date, or

(b) two weeks wages at his regular rate of wages for his regular hours of work, in lieu of the notice.

(2) Where an employer is bound by a collective agreement that contains a provision authorizing an employee who is bound by the collective agreement and whose position becomes redundant to displace another employee on the basis of seniority, and the position of an employee who is so authorized becomes redundant, the employer shall

(a) give at least two weeks notice in writing to the trade union that is a party to the collective agreement and to the employee that the position of the employee has become redundant and post a copy of the notice in a conspicuous place within the industrial establishment in which the employee is employed; or

(b) pay to any employee whose employment is terminated as a result of the redundancy of the position two weeks wages at his regular rate of wages.

(3) Except where otherwise prescribed by regulation, an employer shall, for the purposes of this Division, be deemed to have terminated the employment of an employee when the employer lays off that employee.

[92] Nous passons maintenant à l'analyse au fond de l'affaire et appliquons la norme de la décision correcte pour les raisons données précédemment.

II. Dispositions législatives

[93] Le présent pourvoi concerne les rapports entre les dispositions de la partie III du *C.c.t.* qui régit les employés fédéraux non syndiqués.

[94] L'article 230 du *C.c.t.* codifie les règles de common law relatives au préavis et à l'indemnité en tenant lieu en cas de licenciement non motivé :

230 (1) Sauf cas prévu au paragraphe (2) et sauf s'il s'agit d'un congédiement justifié, l'employeur qui licencie un employé qui travaille pour lui sans interruption depuis au moins trois mois est tenu :

a) soit de donner à l'employé un préavis de licenciement écrit d'au moins deux semaines;

b) soit de verser, en guise et lieu de préavis, une indemnité égale à deux semaines de salaire au taux régulier pour le nombre d'heures de travail normal.

(2) En cas de suppression d'un poste, l'employeur lié par une convention collective autorisant un employé ainsi devenu surnuméraire à supplanter un autre employé ayant moins d'ancienneté que lui est tenu :

a) soit de donner au syndicat signataire de la convention collective et à l'employé un préavis de suppression de poste, d'au moins deux semaines, et de placer une copie du préavis dans un endroit bien en vue à l'intérieur de l'établissement où l'employé travaille;

b) soit de verser à l'employé licencié en raison de la suppression du poste deux semaines de salaire au taux régulier.

(3) Sauf disposition contraire d'un règlement, la mise à pied est, pour l'application de la présente section, assimilée au licenciement.

[95] Section 235 of the *Code* establishes a minimum amount of severance pay that must be paid to certain employees whose employment is terminated without cause:

235 (1) An employer who terminates the employment of an employee who has completed twelve consecutive months of continuous employment by the employer shall, except where the termination is by way of dismissal for just cause, pay to the employee the greater of

(a) two days wages at the employee's regular rate of wages for his regular hours of work in respect of each completed year of employment that is within the term of the employee's continuous employment by the employer, and

(b) five days wages at the employee's regular rate of wages for his regular hours of work.

(2) For the purposes of this Division,

(a) except where otherwise provided by regulation, an employer shall be deemed to have terminated the employment of an employee when the employer lays off that employee.

[96] Sections 240 to 245 of the *Code* set out a procedure whereby an employee who believes that his dismissal was unjust can complain to an inspector, leading to the appointment of an adjudicator who will determine whether the dismissal was unjust and order a remedy that the adjudicator deems appropriate in the circumstances. Of relevance to this appeal are ss. 240 to 242:

240 (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

(2) Subject to subsection (3), a complaint under subsection (1) shall be made within ninety days from the date on which the person making the complaint was dismissed.

[95] L'article 235 du *C.c.t.* précise l'indemnité de départ minimale devant être versée à l'employé en cas de licenciement non motivé :

235 (1) L'employeur qui licencie un employé qui travaille pour lui sans interruption depuis au moins douze mois est tenu, sauf en cas de congédiement justifié, de verser à celui-ci le plus élevé des montants suivants :

a) deux jours de salaire, au taux régulier et pour le nombre d'heures de travail normal, pour chaque année de service;

b) cinq jours de salaire, au taux régulier et pour le nombre d'heures de travail normal.

(2) Pour l'application de la présente section :

a) sauf disposition contraire d'un règlement, la mise à pied est assimilée au licenciement.

[96] Les articles 240 à 245 du *C.c.t.* prévoient une procédure suivant laquelle l'employé qui se croit injustement congédié peut déposer une plainte auprès d'un inspecteur, après quoi un arbitre peut être désigné pour décider si le congédiement était injuste et ordonner la réparation qu'il estime appropriée dans les circonstances. Les articles 240 à 242 sont pertinents en l'espèce :

240 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si :

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la plainte doit être déposée dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date du congédiement.

(3) The Minister may extend the period of time referred to in subsection (2) where the Minister is satisfied that a complaint was made in that period to a government official who had no authority to deal with the complaint but that the person making the complaint believed the official had that authority.

241 (1) Where an employer dismisses a person described in subsection 240(1), the person who was dismissed or any inspector may make a request in writing to the employer to provide a written statement giving the reasons for the dismissal, and any employer who receives such a request shall provide the person who made the request with such a statement within fifteen days after the request is made.

(2) On receipt of a complaint made under subsection 240(1), an inspector shall endeavour to assist the parties to the complaint to settle the complaint or cause another inspector to do so.

(3) Where a complaint is not settled under subsection (2) within such period as the inspector endeavouring to assist the parties pursuant to that subsection considers to be reasonable in the circumstances, the inspector shall, on the written request of the person who made the complaint that the complaint be referred to an adjudicator under subsection 242(1),

(a) report to the Minister that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded; and

(b) deliver to the Minister the complaint made under subsection 240(1), any written statement giving the reasons for the dismissal provided pursuant to subsection (1) and any other statements or documents the inspector has that relate to the complaint.

242 (1) The Minister may, on receipt of a report pursuant to subsection 241(3), appoint any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator to hear and adjudicate on the complaint in respect of which the report was made, and refer the complaint to the adjudicator along with any statement provided pursuant to subsection 241(1).

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(3) Le ministre peut proroger le délai fixé au paragraphe (2) dans les cas où il est convaincu que l'intéressé a déposé sa plainte à temps mais auprès d'un fonctionnaire qu'il croyait, à tort, habilité à la recevoir.

241 (1) La personne congédiée visée au paragraphe 240(1) ou tout inspecteur peut demander par écrit à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement; le cas échéant, l'employeur est tenu de lui fournir une déclaration écrite à cet effet dans les quinze jours qui suivent la demande.

(2) Dès réception de la plainte, l'inspecteur s'efforce de concilier les parties ou confie cette tâche à un autre inspecteur.

(3) Si la conciliation n'aboutit pas dans un délai qu'il estime raisonnable en l'occurrence, l'inspecteur, sur demande écrite du plaignant à l'effet de saisir un arbitre du cas :

a) fait rapport au ministre de l'échec de son intervention;

b) transmet au ministre la plainte, l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement et tous autres déclarations ou documents relatifs à la plainte.

242 (1) Sur réception du rapport visé au paragraphe 241(3), le ministre peut désigner en qualité d'arbitre la personne qu'il juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire et lui transmettre la plainte ainsi que l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement.

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre :

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to that complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Industrial Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

(3) Subject to subsection (3.1), an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall

(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and

(b) send a copy of the decision with the reasons therefor to each party to the complaint and to the Minister.

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

(4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

[97] The unjust dismissal procedure set out in ss. 240 to 245 is not the only mechanism available to federally regulated employees to challenge the lawfulness of a dismissal. Section 246 of the *Code* expressly preserves their right to seek a civil remedy in the courts:

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations industrielles par les alinéas 16a), b) et c).

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre :

a) décide si le congédiement était injuste;

b) transmet une copie de sa décision, motifs à l'appui, à chaque partie ainsi qu'au ministre.

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) a présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

(4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur :

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

[97] La procédure relative au congédiement injuste énoncée aux art. 240 à 245 n'est pas le seul mécanisme auquel peut recourir l'employé régi par la législation fédérale pour contester la légalité d'un congédiement. En effet, l'art. 246 du *C.c.t.* préserve explicitement son droit d'exercer un recours civil devant les tribunaux.

246 (1) No civil remedy of an employee against his employer is suspended or affected by sections 240 to 245.

[98] One other provision is worth mentioning. Section 168(1) of the *Code* preserves the application of the common law and contracts of employment where those laws confer greater rights or benefits on employees than Part III of the *Code* does:

168 (1) This Part and all regulations made under this Part apply notwithstanding any other law or any custom, contract or arrangement, but nothing in this Part shall be construed as affecting any rights or benefits of an employee under any law, custom, contract or arrangement that are more favourable to the employee than his rights or benefits under this Part.

III. Analysis

[99] Applying correctness review, we are of the opinion that a federally regulated employer can dismiss an employee without cause, so long as appropriate notice and severance pay are provided. However, such a dismissal does not preclude the employee from availing himself or herself of the unjust dismissal procedure in ss. 240 to 245 of the *Code*. There is "nothing in section 240 or the surrounding sections of the *Canada Labour Code* which guarantees lifelong job tenure to employees of federally regulated businesses, provided such employees do not give their employers just cause for dismissal": D. Harris, *Wrongful Dismissal* (loose-leaf), at p. 6-14. An employer therefore has the right to "justly terminate an employee by giving notice or compensation under ss. 230(1) and 235(1)": H. A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 2-126.1.

[100] As a preliminary note, ss. 230 and 235 use the term "termination" of employment, while ss. 240 to 245 refer to "dismissal". Sections 230 and 235 apply to all situations where the employment of an employee is terminated — including managers and

246 (1) Les articles 240 à 245 n'ont pas pour effet de suspendre ou de modifier le recours civil que l'employé peut exercer contre son employeur.

[98] Il importe également de mentionner le par. 168(1) du *C.c.t.*, qui préserve l'application des règles de common law en matière d'emploi et des contrats d'emploi dans la mesure où ceux-ci confèrent aux employés des droits ou avantages plus généreux que ceux que leur accorde la partie III du *C.c.t.* :

168 (1) La présente partie, règlements d'application compris, l'emporte sur les règles de droit, usages, contrats ou arrangements incompatibles mais n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages acquis par un employé sous leur régime et plus favorables que ceux que lui accorde la présente partie.

III. Analyse

[99] Appliquant la norme de la décision correcte, nous sommes d'avis que le *C.c.t.* permet à un employeur régi par la législation fédérale de congédier un employé sans motif, à condition qu'il donne le préavis requis et verse l'indemnité de départ prévue. Toutefois, un tel congédiement n'empêche pas l'employé de se prévaloir de la procédure relative aux congédiements injustes énoncée aux art. 240 à 245 du *C.c.t.* [TRADUCTION] « [R]ien dans l'article 240 du *Code canadien du travail* ni dans les dispositions voisines ne garantit la sécurité d'emploi aux employés des organismes régis par la législation fédérale même si ces employés ne fournissent à leur employeur aucune juste cause de congédiement » (D. Harris, *Wrongful Dismissal* (feuilles mobiles), p. 6-14). Un employeur peut donc [TRADUCTION] « licencier un employé à bon droit en lui donnant un préavis ou en lui versant une indemnité conformément aux par. 230(1) et 235(1) » (H. A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada* (3e éd. (feuilles mobiles)), p. 2-126.1).

[100] Il convient de signaler tout d'abord que les art. 230 et 235 parlent de « licenciement », alors qu'aux art. 240 à 245 il est question de « congédiement ». Les articles 230 et 235 s'appliquent à tout cas de licenciement, y compris le licenciement

those who are laid off due to lack of work or discontinuance of a function — while ss. 240 to 245 only apply to employees who are "dismissed". Since the interpretive issue in this case centres on the meaning of the term "unjust dismissal", we will use the term "dismissal" throughout this analysis unless otherwise required.

[101] The adjudicator was asked to determine whether a dismissal without cause but with pay in lieu of notice was nevertheless an unjust dismissal. The narrow question we are addressing is this: Is a dismissal without cause *automatically* an unjust dismissal that *always* entitles an employee to a remedy under s. 242(4)? Or, as the Federal Court and Federal Court of Appeal both found in this case, is a dismissal without cause *potentially* an unjust dismissal (depending on the circumstances) that *could* entitle an employee to a remedy under s. 242(4)?

[102] This is a distilled question requiring statutory interpretation and, accordingly, we must begin with the modern principle of statutory interpretation articulated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The modern principle requires that statutes "be read to give the words their most obvious ordinary meaning which accords with the context and purpose of the enactment in which they occur": *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14; *Rizzo Shoes*, at para. 41. When a court interprets a statute, it is "seeking not what Parliament meant but the true meaning of what they said": *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), at p. 613 (per Lord

d'un cadre et celui pour manque de travail ou suppression de poste. Les articles 240 à 245 ne s'appliquent qu'à l'employé qui est « congédié ». Étant donné que le litige porte en l'espèce sur l'interprétation du « congédiement injuste », nous nous en tiendrons pour la suite au terme « congédiement », sauf si le contexte s'y oppose.

[101] L'arbitre en l'instance a été appelé à décider si un congédiement non motivé, mais avec versement d'une indemnité tenant lieu de préavis, constitue néanmoins un congédiement injuste. La question limitée que nous examinons est celle de savoir si un congédiement non motivé est *automatiquement* un congédiement injuste qui donne *dans tous les cas* à l'employé droit à la réparation prévue au par. 242(4). Ou bien — et c'était l'avis de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale dans la présente affaire — un congédiement non motivé est-il *possiblement* un congédiement injuste (selon les circonstances) *susceptible* de justifier l'octroi de la réparation prévue au par. 242(4)?

[102] Il s'agit d'une pure question d'interprétation législative. Il convient donc dans un premier temps de revenir sur le principe moderne d'interprétation des lois exposé dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87 :

> Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec [l'économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Ce principe moderne d'interprétation exige que les lois soient « interprétées de manière à donner aux mots leur sens ordinaire le plus évident qui s'harmonise avec le contexte et l'objet visé par la loi dans laquelle ils sont employés » (*CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14; *Rizzo Shoes*, par. 41). Lorsqu'un tribunal interprète une loi, il doit [TRADUCTION] « rechercher non pas ce que le législateur a voulu dire, mais plutôt le véritable sens de ce qu'il a dit » (*Black-Clawson International Ltd. c.*

Reid). In our view, the true meaning of what Parliament said is clear: federally regulated employers can dismiss their employees without cause.

[103] The term "unjust dismissal" is not defined anywhere in the *Code*. An employee has the right to complain about any dismissal that the employee "considers" to be unjust: s. 240(1). This right exists only for 90 days following the dismissal, after which the employee has no right to access the procedure in ss. 240 to 245 to challenge the lawfulness of a dismissal: s. 240(2). An employer must give written reasons for the dismissal if requested to do so: s. 241. If an adjudicator finds that a dismissal is unjust, the adjudicator is empowered to award a remedy, including the remedy of reinstatement: s. 242(4). In our view, ss. 240 to 245 create an additional procedural mechanism for complaining about a dismissal (and provide an additional remedy for such complaints). But they do not define what dismissals qualify as unjust.

[104] When one looks at the unjust dismissal provisions of the *Code* in isolation, one might infer that Parliament did intend to prohibit all dismissals without cause. As the majority notes, there are two elements of the unjust dismissal provisions that do not exist at common law and that could be interpreted as creating a just cause regime: the requirement that the employer provide reasons for the dismissal where requested (s. 241), and the power of the adjudicator to order reinstatement where appropriate (s. 242(4)(b)). Since neither of these powers or remedies exist at common law, the majority says that Parliament created a "statutory alternative" to the common law, creating a regime where federal employers can only dismiss their employees for just cause (para. 46).

A. *Problems With the Majority's Reasoning*

[105] It is well established that a statute must "be read in a way that avoids absurdity and assigns a

Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G., [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 613 (lord Reid)). Selon nous, le véritable sens exprimé par le législateur est clair : il est loisible à un employeur régi par la législation fédérale de congédier un employé sans motif.

[103] Le terme « congédiement injuste » n'est pas défini dans le *C.c.t.* L'employé qui « se croit » injustement congédié a le droit de porter plainte (par. 240(1)). Ce droit s'éteint 90 jours après le congédiement, et l'employé ne peut alors plus se prévaloir de la procédure prévue aux art. 240 à 245 pour contester la légalité du congédiement (par. 240(2)). Sur demande, l'employeur doit faire connaître par écrit les motifs du congédiement (art. 241). Si l'arbitre conclut qu'un congédiement est injuste, il peut accorder une réparation, et notamment la réintégration du plaignant dans son emploi (par. 242(4)). Nous estimons que les art. 240 à 245 créent un mécanisme procédural supplémentaire de plainte à l'encontre d'un congédiement et instaurent une mesure de réparation additionnelle. Toutefois, ils ne précisent pas ce qui peut constituer un congédiement injuste.

[104] Examinant isolément les dispositions du *C.c.t.* relatives au congédiement injuste, il pourrait être possible de conclure que le législateur a voulu interdire tous les congédiements non motivés. Comme les juges majoritaires le font remarquer, deux éléments de ces dispositions n'existent pas en common law et pourraient donner l'impression qu'un régime de congédiement justifié a été instauré : l'obligation de l'employeur de faire connaître les motifs du congédiement sur demande (art. 241) et le pouvoir de l'arbitre d'ordonner la réintégration s'il l'estime approprié (al. 242(4)b)). Étant donné que ces pouvoirs ou réparations n'existent pas en common law, les juges majoritaires font valoir que le législateur a créé une « alternative législative » à la common law, soit un régime permettant seulement le congédiement justifié de l'employé par un employeur de compétence fédérale (par. 46).

A. *Problèmes avec le raisonnement des juges majoritaires*

[105] Il est bien établi qu'un texte de loi doit « être interprété de manière à éviter les absurdités et

meaning to all of the words Parliament has used": *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475, at para. 69. In our respectful view, interpreting ss. 240 to 245 as prohibiting an employer from dismissing an employee without just cause produces an absurdity, since it leads to two identical classes of persons being treated differently based on an arbitrary or irrational distinction: *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275, at p. 280.

[106] Sections 240 to 245 do not apply where an employee chooses to challenge the lawfulness of his or her dismissal in the civil courts, where the 90-day limitation period expires (s. 240(2)), or where the Minister declines to appoint an adjudicator pursuant to s. 242(1). These provisions also do not apply to employees who are managers (s. 167(3)), or to employees employed for less than 12 consecutive months (s. 240(1)(a)). The common law continues to apply "where the statute is silent or by its terms cannot apply": *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at p. 1319. The common law must therefore continue to apply to these employees.

[107] At common law, an employer may dismiss an employee without cause because "[a]n employer's right to terminate the employment relationship with due notice is simply the counterpart to the employee's right to quit with due notice": *Dunsmuir*, at para. 105. Courts have consistently applied the common law to the claims of dismissed federal employees who are subject to Part III of the *Code*: see, e.g., *Lum v. Shaw Communications Inc.*, 2004 NBCA 35, 270 N.B.R. (2d) 141; *Cornelson v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2014 ABQB 436; *Nelson v. Champion Feed Services Inc.*, 2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162; *Chandran v. National Bank of Canada*, 2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256; *Paquette v. TeraGo Networks Inc.*, 2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶210-056; *Vist v. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038; *Wallace v. Toronto-Dominion Bank* (1983), 41 O.R. (2d) 161 (C.A.); *Ryder v. Carry The Kettle First Nation*, 2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239; *Nardocchio v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1979), 41 N.S.R. (2d) 26 (S.C.T.D.); *Wilson v. Sliammon First*

à donner un sens à tous les mots utilisés par le législateur » (*R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475, par. 69). Avec respect, conclure que les art. 240 à 245 interdisent à l'employeur de congédier un employé sans juste cause engendre une absurdité : deux catégories identiques de personnes seraient traitées différemment en raison d'une distinction arbitraire ou dépourvue de logique (*Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275, p. 280).

[106] Les articles 240 à 245 ne s'appliquent pas lorsqu'un employé conteste la légalité de son congédiement devant les tribunaux civils, ni après l'expiration du délai de 90 jours (par. 240(2)) ou si le ministre ne désigne pas d'arbitre conformément au par. 242(1). Ces dispositions ne s'appliquent pas non plus aux employés qui occupent un poste de directeur (par. 167(3)) ou aux employés qui ont travaillé moins de 12 mois consécutifs (al. 240(1)a)). La common law continue de s'appliquer « là où la Loi est silencieuse ou [si] en raison de ses termes [elle] ne peut s'appliquer » (*Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1319). La common law doit donc continuer de s'appliquer à ces employés.

[107] En common law, un employeur peut congédier un employé sans motif parce que « [l]e droit de l'employeur de mettre fin à l'emploi moyennant le préavis requis est la simple contrepartie du droit de l'employé de donner sa démission moyennant le préavis requis » (*Dunsmuir*, par. 105). Les tribunaux civils ont toujours appliqué les règles de common law aux employés fédéraux assujettis à la partie III du *C.c.t.* (voir p. ex. *Lum c. Shaw Communications Inc.*, 2004 NBCA 35, 270 R.N.-B. (2e) 141; *Cornelson c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2014 ABQB 436; *Nelson c. Champion Feed Services Inc.*, 2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162; *Chandran c. National Bank of Canada*, 2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256; *Paquette c. TeraGo Networks Inc.*, 2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶210-056; *Vist c. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038; *Wallace c. Toronto-Dominion Bank* (1983), 41 O.R. (2d) 161 (C.A.); *Ryder c. Carry The Kettle First Nation*, 2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239; *Nardocchio c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1979), 41 N.S.R. (2d) 26 (C.S. (1re inst.));

Nation, 2002 BCSC 190; *Chadee v. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110 (C.A.); *Spilberg v. Total Transportation Solutions Inc.*, [2014] O.J. No. 2903 (QL) (S.C.J.); *Lazarus v. Information Communication Services (ICS) Inc.*, [2015] O.J. No. 5304 (QL) (S.C.J.); *Jackson v. Gitxsan Treaty Society*, 2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179; *Beatty v. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64; *Schimanski v. B & D Walter Trucking Ltd.*, 2014 ABPC 288; *Logan v. Progressive Air Service Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 129 (QL) (Prov. Ct.); *Rodgers v. Sun Radio Ltd.* (1991), 109 N.S.R. (2d) 415 (S.C.T.D.).

[108] Were ss. 240 to 245 to be taken as prohibiting a federal employee from being dismissed without cause, while s. 246 were to be taken as preserving the right of an employee to sue for wrongful dismissal in civil courts, the result would be that (1) a federally regulated employer can dismiss an employee without cause (even with appropriate notice) as long as the employee chooses to challenge the lawfulness of the dismissal in the civil courts, but (2) a federally regulated employer cannot dismiss an identically placed employee without cause (but with appropriate notice) where that employee objects under the unjust dismissal provisions of the *Code*. The legal basis of the employment relationship would then depend on the *ex post facto* choice of mechanism by which the employee challenges the lawfulness of his or her dismissal. Indeed, it would mean that an employer would not know its legal obligations in advance, since those legal obligations would depend upon either the discretion of the Minister or an employee's *ex post facto* choice of mechanism to challenge the dismissal. This is absurd. Since we must presume that Parliament did not intend to produce absurd results (*Rizzo Shoes*, at para. 27), we cannot agree with the majority's interpretation.

[109] In addition, we note that s. 242(3) requires an adjudicator to "consider" whether or not a dismissal was unjust. Were the majority's interpretation the only reasonable one (i.e., were it the correct interpretation), it would mean that, where an employer chooses to dismiss an employee without

Wilson c. Sliammon First Nation, 2002 BCSC 190; *Chadee c. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110 (C.A.); *Spilberg c. Total Transportation Solutions Inc.*, [2014] O.J. No. 2903 (QL) (C.S.J.); *Lazarus c. Information Communication Services (ICS) Inc.*, [2015] O.J. No. 5304 (QL) (C.S.J.); *Jackson c. Gitxsan Treaty Society*, 2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179; *Beatty c. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64; *Schimanski c. B & D Walter Trucking Ltd.*, 2014 ABPC 288; *Logan c. Progressive Air Service Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 129 (QL) (C. prov.); *Rodgers c. Sun Radio Ltd.* (1991), 109 N.S.R. (2d) 415 (C.S. (1re inst.))).

[108] Si les art. 240 à 245 interdisaient le congédiement non motivé d'un employé fédéral alors que l'art. 246 protège le droit d'un employé d'intenter une poursuite pour congédiement illégal devant les tribunaux civils, il en résulterait qu'un employeur régi par la législation fédérale pourrait congédier un employé sans motif (moyennant un préavis acceptable) pour autant que l'employé conteste la légalité du congédiement devant les tribunaux civils, mais il ne pourrait congédier sans motif (malgré un préavis acceptable) ce même employé dans le cas où ce dernier s'y oppose en vertu des dispositions du *C.c.t.* relatives au congédiement injuste. Le fondement juridique du lien d'emploi serait donc fonction du choix par l'employé, après le fait, du mécanisme de contestation de la légalité de son congédiement. En effet, cela signifierait que l'employeur ne pourrait connaître ses obligations à l'avance, car la teneur de celles-ci dépendrait du pouvoir discrétionnaire du ministre ou du choix par l'employé d'une voie de recours après coup, ce qui serait absurde. Comme nous devons présumer que le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes (*Rizzo Shoes*, par. 27), nous ne pouvons souscrire à l'interprétation que préconisent les juges majoritaires.

[109] En outre, nous signalons qu'aux termes du par. 242(3), l'arbitre « décide » si le congédiement était injuste. Si l'interprétation des juges majoritaires était la seule qui soit raisonnable (c'est-à-dire si c'était l'interprétation correcte), cela signifierait que, dans le cas où l'employeur congédie un employé

cause but with appropriate notice and severance pay, there would be nothing for the adjudicator to consider. The adjudicator would be obliged, not *to consider*, but *to automatically conclude* that the dismissal was unjust, a result which clearly deviates from the ordinary meaning of the word Parliament chose.

[110] The majority says that there is a "consensus interpretation" of the unjust dismissal provisions that supports its interpretation (para. 58). It finds support for such a consensus in "over 1,740 adjudications and decisions [rendered] since the Unjust Dismissal scheme was enacted" (para. 60). In contrast, it identifies a mere "28 decisions that are said to have followed the Wakeling approach" (para. 60). However, this comparison is simply not accurate. The 1,740 decisions to which the majority refers include every decision rendered under ss. 240 to 245 of the *Code*.[12] The vast majority of these decisions have nothing to do with the "consensus interpretation" that the majority identifies, as they deal with issues as diverse as whether the employer is subject to the *Code*; the extent of the adjudicator's jurisdiction; whether a dismissal occurred; whether a limitation period had expired; whether just cause was alleged; procedural issues; the meaning of "lack of work or the discontinuance of a function"; and, in a small minority of cases, whether an employer may dismiss an employee without cause, but with payment of the appropriate notice and severance pay.[13]

sans motif moyennant le préavis acceptable et l'indemnité de départ, il n'y aurait rien à décider pour l'arbitre. Il serait obligé, non pas de *décider*, mais de *conclure automatiquement* que le congédiement était injuste; une telle interprétation s'écarte clairement du sens ordinaire des mots employés par le législateur.

[110] Selon les juges majoritaires, il existe une interprétation faisant « consensus » (par. 58) des dispositions sur le congédiement injuste qui étaye leur interprétation. Ils prétendent que ce consensus provient de « plus de 1740 sentences arbitrales et décisions rendues depuis l'adoption du régime de congédiement injuste » (par. 60). Ils comparent ce nombre à celui, bien inférieur, des « 28 décisions qui ont suivi la démarche préconisée par M. Wakeling » (par. 60). Or, cette comparaison n'est tout simplement pas exacte. Cette jurisprudence représente l'ensemble des décisions rendues au sujet des art. 240 à 245 du *C.c.T.*[12] La grande majorité d'entre elles n'ont aucun rapport avec cette interprétation faisant « consensus » que les juges majoritaires invoquent, car elles portent sur des questions aussi variées que celle de savoir si un employeur est assujetti au *C.c.T.*, s'il y a eu congédiement, si la demande est prescrite, si l'employeur a donné une juste cause de congédiement ainsi que sur la portée du pouvoir accordé à l'arbitre, des questions de procédure, la signification de l'expression « en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste » et, dans un petit nombre d'affaires, la question de savoir si l'employeur peut congédier un employé sans motif moyennant le préavis acceptable et le versement de l'indemnité de départ[13].

---

[12] The source the majority relies on for this number states that "[g]iven that ss. 240 to 246 of the *Code* have been in existence for over 35 years, and have been subject to over 1,740 adjudications and decisions before *Wilson*, it is hard to believe that such new and novel law can be created from an old statute": R. Ruslim, "Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code*: New Law, Old Statute" (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (online), at p. 28 (footnote omitted).

[13] For a summary of the wide array of issues that are dealt with in the decisions rendered by adjudicators under ss. 240 to 245 of the *Code*, see Levitt, at pp. 2-1 to 2-172.

[12] Le passage d'où proviennent ces données est ainsi rédigé [TRADUCTION] : Vu que les art. 240 à 246 du *C.c.t.* existent depuis plus de 35 ans et ont été examinés dans plus de 1740 sentences et décisions avant l'affaire *Wilson*, il est difficile de croire qu'une vieille loi ait pu donner naissance à un tout nouveau droit » (voir R. Ruslim, « Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code* : New Law, Old Statute » (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (en ligne), p. 28 (note en bas de page omise)).

[13] Pour un résumé de la variété de sujets dont traitent les sentences arbitrales rendues à propos des art. 240 à 245 du *C.c.t.*, voir Levitt, p. 2-1 à 2-172.

[111] In any event, we fail to see why the mere quantity of adjudicator decisions supporting one position or the other is of any relevance whatsoever to the merits of the statutory interpretation issue in this appeal. As this Court has previously held, it is "improper for one to engage in a preliminary tallying of the number of decisions supporting competing interpretations and then apply that which receives the 'higher score'": *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 30.

B. *The Proper Interpretation*

[112] The fundamental flaw with the majority's interpretation of the subject provisions is that it reads them in isolation. The unjust dismissal provisions of the *Code* must be read in their broader context in order to determine their meaning as part of a complete and coherent legal regime: *Rizzo Shoes*, at para. 21. There are two elements of the broader context that are relevant: the continuing concurrent jurisdiction of the civil courts, and Part III of the *Code* as a whole.

C. *Concurrent Jurisdiction of the Civil Courts*

[113] Sections 240 to 245 of the *Code* create a mechanism for employees to challenge the lawfulness of their dismissal. This mechanism exists alongside the concurrent jurisdiction of the courts to award a civil remedy for wrongful dismissal, though subject to the doctrine of issue estoppel: s. 246(1); *Pereira v. Bank of Nova Scotia* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267 (Ont. S.C.J.); Levitt, at p. 2-1. An employee is therefore always entitled to challenge the lawfulness of a dismissal in the civil courts, irrespective of whether the employee first chooses to resort to the unjust dismissal procedure in the *Code*: s. 246(1); *Wyllie v. Larche Communications Inc.*, 2015 ONSC 4747, at para. 76 (CanLII).

[114] We note that, while the *Code* imposes a 90-day limitation period for complaints about unjust

[111] Quoi qu'il en soit, nous voyons mal comment le nombre de sentences arbitrales étayant l'une ou l'autre position serait d'une quelconque pertinence à l'égard de la question d'interprétation législative qui se pose en l'espèce. Comme la Cour le dit, il serait « inapproprié de faire le décompte des décisions appuyant les diverses interprétations divergentes et d'appliquer celle qui recueille le "plus haut total" » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 30).

B. *La bonne interprétation*

[112] La faille fondamentale dans l'interprétation par les juges majoritaires des dispositions en question, c'est qu'ils les considèrent isolément. Il faut interpréter les dispositions relatives au congédiement injuste du *C.c.t.* dans leur contexte global, afin d'en dégager le sens dans le cadre d'un régime juridique complet et cohérent (*Rizzo Shoes*, par. 21). Deux aspects du contexte global sont pertinents : la compétence concurrente des tribunaux civils et administratifs et la partie III du *C.c.t.* dans son ensemble.

C. *Compétence concurrente des tribunaux civils et administratifs*

[113] Les articles 240 à 245 du *C.c.t.* créent un mécanisme permettant à l'employé de contester la légalité de son congédiement. Ce mécanisme existe en parallèle avec la compétence des tribunaux civils d'accorder une réparation en cas de congédiement illégal, sous réserve de l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (par. 246(1); *Pereira c. Bank of Nova Scotia* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267 (C.S.J. Ont.); Levitt, p. 2-1). Il est donc toujours loisible à un employé de contester devant les tribunaux civils la légalité d'un congédiement, même s'il s'est prévalu auparavant de la procédure relative au congédiement injuste prévue dans le *C.c.t.* (par. 246(1); *Wyllie c. Larche Communications Inc.*, 2015 ONSC 4747, par. 76 (CanLII)).

[114] Même si le *C.c.t.* fixe un délai de 90 jours pour le dépôt d'une plainte de congédiement injuste

dismissal to be filed (s. 240(2)), the right of an employee to sue for wrongful dismissal in the civil courts is subject to the ordinary limitation period that exists in each province (usually between two to six years): *Ng v. Bank of Montreal*, 2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86, at paras. 17-18; *Canadian National Railway Co. v. Benson*, 2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218, at para. 51; *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, s. 6(1); *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 3(1); *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, s. 5; *The Limitation of Actions Act*, C.C.S.M., c. L150, s. 2(1); *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, s. 4; *Civil Code of Québec*, art. 2925; *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5(1); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 258, s. 2(1); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 2(1); *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1, s. 9; *Limitation of Actions Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-8, s. 2(1); *Limitation of Actions Act*, R.S.Y. 2002, c. 139, s. 2(1); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. L-8, s. 2(1).

[115] To be clear, however, it is only adjudicators — appointed at the discretion of the Minister — that can apply ss. 240 to 245 of the *Code*, because a complaint about an unjust dismissal can be made only to an inspector and decided by an adjudicator: ss. 240(1) and 242(1). But a complaint about an unjust dismissal is a complaint about the lawfulness of a dismissal. And courts possess equal jurisdiction to determine the lawfulness of a dismissal of a federal employee. Adjudicators cannot claim sole authority over this question. An employee therefore has two options to challenge the lawfulness of a dismissal: by utilizing the unjust dismissal procedure in the *Code*, or by bringing an action for wrongful dismissal in the civil courts.

[116] Courts and adjudicators possess concurrent jurisdiction over the basic question of the lawfulness of a dismissal. The lawfulness of a dismissal is defined by reference to the legal basis of the employment relationship: in a "just cause" regime, all dismissals without just cause are unlawful dismissals. In a "without cause" regime, dismissals without just cause are unlawful dismissals unless they are

(par. 240(2)), le droit d'un employé d'intenter un recours devant les tribunaux civils pour congédiement illégal est quant à lui assujetti au délai de prescription provincial (habituellement entre deux et six ans) (*Ng c. Bank of Montreal*, 2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86, par. 17-18; *Canadian National Railway Co. c. Benson*, 2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218, par. 51; *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, par. 6(1); *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, par. 3(1); *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5; *Loi sur la prescription*, C.P.L.M., c. L150, par. 2(1); *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 4; *Code civil du Québec*, art. 2925; *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, par. 5(1); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 258, par. 2(1); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, par. 2(1); *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1, art. 9; *Loi sur les prescriptions*, L.R.T.N.-O. 1988, c. L-8, par. 2(1); *Loi sur la prescription*, L.R.Y. 2002, c. 139, par. 2(1); *Loi sur les prescriptions*, L.R.T.N.-O. (Nun.) 1988, c. L-8, par. 2(1)).

[115] Toutefois, nous tenons à préciser que ce ne sont que les arbitres — désignés par le ministre en vertu de son pouvoir discrétionnaire — qui peuvent appliquer les art. 240 à 245 du *C.c.t.*, puisqu'une plainte de congédiement injuste est déposée auprès d'un inspecteur et tranchée par un arbitre (par. 240(1) et 242(1)). Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une plainte relative à la légalité du congédiement. Les tribunaux civils sont également compétents pour se prononcer sur la légalité du congédiement d'un employé fédéral. Les arbitres n'ont pas l'exclusivité à cet égard. L'employé a donc deux options : se prévaloir de la procédure relative au congédiement injuste du *C.c.t.* ou intenter une action pour congédiement illégal devant les tribunaux civils.

[116] Les tribunaux et les arbitres ont une compétence concurrente à l'égard de la question fondamentale de la légalité d'un congédiement. La légalité d'un congédiement dépend du fondement juridique de la relation d'emploi : dans un régime de congédiement justifié, tous les congédiements sans juste cause sont illégaux. En revanche, dans un régime de congédiement sans motif, le congédiement sans juste

accompanied by appropriate notice and severance pay. It is impossible to determine the lawfulness of a dismissal without first knowing the legal basis of the employment relationship. Since adjudicators and courts possess concurrent jurisdiction to determine the lawfulness of a dismissal, it follows that both must do so with reference to the same legal basis for the employment relationship.

[117] We therefore disagree with the majority that the addition of the unjust dismissal procedure to the *Code* altered the legal basis of the federally regulated employment relationship. Parliament has expressly preserved the continuing jurisdiction of the civil courts to decide the lawfulness of the dismissal, while denying these courts the ability to interpret and apply the unjust dismissal provisions of the *Code*. The legal basis of the employment relationship must be the same for adjudicators and for courts tasked with determining the same question at first instance. Parliament therefore could not have intended to alter the legal basis of the employment relationship simply by adding the unjust dismissal procedure to the *Code*.

D. *Sections 230 and 235*

[118] Our interpretation is supported by the wording of ss. 230 and 235 of the *Code*. Because ss. 230 and 235 of the *Code* do not apply to dismissals for just cause (ss. 230(1) and 235(1)), they must necessarily apply to dismissals without cause. Otherwise they would be substantially redundant. By prescribing minimum notice periods and severance pay that are owed to employees who are terminated (including dismissed) without cause, Parliament clearly intended to permit federally regulated employers to dismiss non-unionized employees without cause.

[119] The majority disagrees, saying that ss. 230 and 235 of the *Code* "apply to managers, those who are laid off due to lack of work or discontinuance of a function, and, in the case of s. 230(1), employees who have worked for the employer for more than 3 consecutive months but less than 12 months"

cause est légal s'il est assorti d'un préavis et d'une indemnité de départ adéquats. Il est impossible de se prononcer sur la légalité d'un congédiement sans avoir au préalable déterminé le fondement juridique du lien d'emploi. Étant donné que les tribunaux civils et les arbitres ont compétence concurrente pour décider de la légalité d'un congédiement, ils doivent donc aborder l'analyse à partir du même fondement juridique du lien d'emploi.

[117] Par conséquent, nous ne partageons pas l'opinion des juges majoritaires selon laquelle l'ajout de la procédure relative au congédiement injuste au *C.c.t.* a eu pour effet de modifier le fondement juridique du lien d'emploi fédéral. Le législateur a expressément préservé la compétence des tribunaux civils à l'égard de la légalité des congédiements, tout en leur niant la possibilité d'interpréter et d'appliquer les dispositions du *C.c.t.* portant sur le congédiement injuste. Le fondement juridique du lien d'emploi ne saurait changer selon que c'est un arbitre ou un juge qui se prononce sur la question en première instance. Le législateur ne peut donc avoir eu l'intention de modifier le fondement juridique du lien d'emploi simplement en ajoutant la procédure relative au congédiement injuste au *C.c.t.*

D. *Articles 230 et 235*

[118] Notre interprétation trouve appui dans le libellé des art. 230 et 235 du *C.c.t.* Puisque ces dispositions ne s'appliquent pas aux congédiements justifiés (par. 230(1) et 235(1)), elles doivent nécessairement s'appliquer aux congédiements non motivés. Autrement, elles seraient inutiles. En prévoyant que les employés licenciés (ou congédiés) sans motif ont droit à un préavis et à une indemnité minimums, le législateur a clairement voulu permettre aux employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés non syndiqués sans motif.

[119] Les juges majoritaires ne sont pas de cet avis et affirment que les art. 230 et 235 du *C.c.t.* « s'appliquent aux directeurs, à ceux qui sont mis à pied en raison d'un manque de travail ou d'une suppression de poste et, dans le cas du par. 230(1), aux employés ayant travaillé pour l'employeur

(para. 47). But this cannot be true, as it would mean that all other non-unionized federal employees who are dismissed but who choose not to challenge the lawfulness of their dismissal are entitled to nothing from their employer as a matter of law. Further, if these provisions did not apply to federal employees who choose to challenge the lawfulness of their dismissal in the civil courts, then such employees would not be entitled to *any* notice or severance pay unless such notice or severance pay is owed under the common law: *Code*, s. 168.

[120] In our view, ss. 230 and 235 provide minimum notice and severance pay requirements to *all* employees covered by Part III of the *Code* irrespective of whether, when, or how they decide to challenge the lawfulness of a dismissal. To conclude otherwise would severely weaken the statutory protections that Parliament intended to provide to all non-unionized workers.

[121] Therefore, as a baseline, Part III of the *Code* permits federally regulated employers to dismiss their employees without cause. To conclude otherwise would ignore the text of ss. 230 and 235 of the *Code*. The question, then, is whether the addition of the unjust dismissal provisions in ss. 240 to 245 fundamentally altered the nature of the employment relationship established by the *Code*.

Legislative History

[122] When Parliament enacted ss. 240 to 245 in 1978 (S.C. 1977-78, c. 27, s. 21), it was supplementing the pre-existing provisions of Part III of the *Code*. Sections 230 and 235 — enacted in 1971 (R.S.C. 1970, c. 17 (2nd Supp.), s. 16) — used the language of dismissal for "just cause", stating that they do not apply "where the termination is by way of dismissal for just cause". Parliament therefore "thought fit to use this test on some occasions": *Knopp*, at para. 68. Its conscious decision, however, *not* to use the language of "just cause" when enacting ss. 240 to 245 in 1978 lends support to the conclusion that

pour plus de 3 mois consécutifs, mais moins de 12 mois » (par. 47). Toutefois, cette interprétation ne saurait tenir, car, suivant celle-ci, tous les autres employés fédéraux non syndiqués qui sont congédiés, mais choisissent de ne pas contester la légalité de leur congédiement, n'auraient droit à rien de la part de l'employeur. En outre, si ces dispositions ne s'appliquaient pas aux employés fédéraux qui font appel aux tribunaux civils pour contester la légalité de leur congédiement, ceux-ci n'auraient droit à *aucun* préavis ou indemnité de départ à moins que la common law en prévoie (*C.c.t.*, art. 168).

[120] À notre sens, les art. 230 et 235 prévoient un préavis et une indemnité de départ minimums à l'intention de *tous* les employés tombant sous le coup de la partie III du *C.c.t.*, que ces derniers contestent ou non la légalité de leur congédiement et sans égard à la voie de recours et au moment qu'ils choisissent pour ce faire. Toute autre conclusion minerait les dispositions que le législateur entendait voir s'appliquer à tous les employés non syndiqués.

[121] Par conséquent, il faut partir du principe que la partie III du *C.c.t.* permet aux employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés sans motif. Toute autre conclusion ferait fi du texte des art. 230 et 235 du *C.c.t.* La question qui se pose est donc de savoir si l'ajout des dispositions relatives au congédiement injuste aux art. 240 à 245 a fondamentalement modifié le lien d'emploi établi par le *C.c.t.*

Historique législatif

[122] En 1978, le législateur a édicté les art. 240 à 245 (S.C. 1977-78, c. 27, art. 21). Il suppléait ainsi aux autres dispositions de la partie III du *C.c.t.* Les articles 230 et 235, qui dataient de 1971 (S.R.C. 1970, c. 17 (2e suppl.), art. 16), étaient ainsi libellés à l'origine : « . . . sauf si l'emploi prend fin par voie de congédiement pour une juste cause ». Lors de la réforme législative de 1985, l'expression a été remplacée par celle-ci : « . . . sauf s'il s'agit d'un congédiement justifié ». Le législateur a [TRADUCTION] « jugé bon de recourir à ce critère du congédiement justifié à quelques reprises » (*Knopp*,

Parliament did not intend to use these amendments to enact a "just cause" regime for non-unionized federal employees: *ibid.*

[123] The majority nevertheless relies on a statement made by the Minister of Labour to the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration in 1978 to establish that Parliament's amendments to the *Code* intended to "expand the dismissal rights of non-unionized federal employees in a way that, if not identically, then certainly analogously matched those held by unionized employees" (para. 44). However, as the majority notes, the Minister also stated:

> It is our hope that Parts III and IV will give at least to the unorganized workers some of the minimum standards which have been won by the organized workers and which are now embodied in their collective agreements. We are not alleging for one moment that they match the standards set out in collective agreements, but we provide here a minimum standard. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 30th Parl., December 13, 1977, at p. 1831)

[124] This portion of the Hansard record weakens the majority's conclusion that Parliament intended to expand the rights of non-unionized employees in a manner that identically matched those held by unionized employees, since the Minister expressly disclaimed any intent to do so in his statements to the House of Commons. Further, in a promotional article disseminated to federal employees at the time of the amendments, the Minister affirmed that the unjust dismissal provisions "will give the unorganized worker a procedure for appealing against a dismissal he believes to be unjust". He also stated that they intended to confine this right of appeal to "dismissals imposed as a disciplinary measure" in order to "discourage employers from firing people unfairly and arbitrarily": the Hon. J. Munro, "A better deal

par. 68). Toutefois, sa décision éclairée de *ne pas* utiliser les mots « congédiement justifié » aux art. 240 à 245 en 1978 étaye la conclusion selon laquelle il n'entendait pas mettre sur pied un régime de congédiement justifié à l'intention des employés fédéraux non syndiqués (*ibid.*).

[123] Les juges majoritaires s'appuient néanmoins sur une déclaration faite en 1978 par le ministre du Travail à l'intention du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration pour appuyer leur prétention selon laquelle les modifications apportées au *C.c.t.* avaient pour objet de « donner aux employés fédéraux non syndiqués des droits en cas de congédiement qui, s'ils ne sont pas identiques à ceux des employés syndiqués, y sont certainement analogues » (par. 44). Toutefois, comme le font remarquer les juges majoritaires, le ministre a également ajouté :

> Nous espérons que les parties III et IV du bill donneront à ces travailleurs non syndiqués au moins une partie des normes minimales que les travailleurs syndiqués ont obtenues et qui font maintenant partie de toutes les conventions collectives. Nous ne voulons pas prétendre que les normes établies par le bill seront exactement celles que prévoient les conventions collectives. Nous voulons cependant établir des normes minimales. [Nous soulignons.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3e sess., 30e lég., 13 décembre 1977, p. 1832)

[124] Ce passage des débats reproduits dans le Hansard affaiblit la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le législateur souhaitait que les non-syndiqués bénéficient de droits identiques à ceux des syndiqués puisque le ministre a expressément nié toute intention de cette nature dans son discours à la Chambre des communes. De plus, dans un article promotionnel distribué aux employés fédéraux à l'époque des modifications, le ministre affirme que les dispositions relatives au congédiement injuste « donner[ont] au travailleur non syndiqué un moyen d'en appeler contre un congédiement qu'il estime injuste ». Il a aussi déclaré qu'elles visaient à limiter le droit d'appel aux « congédiements imposés comme mesure disciplinaire » en vue de « décourager les employeurs de congédier des gens

for Canada's unorganized workers" (1977), 77 *The Labour Gazette* 347, at p. 349 (emphasis added). This is therefore a frail basis for concluding that Parliament intended to alter the common law employment relationship by prohibiting all dismissals without cause.

E. *Discretion of the Minister*

[125] There is another reason to doubt our colleagues' view that Parliament intended to confer new, substantive rights on federally regulated employees that are equivalent to the rights conferred on unionized employees by a collective agreement. Pursuant to s. 242(1), the Minister, on receipt of a report of an inspector, "may" appoint an adjudicator to hear a complaint of unjust dismissal. The Minister is not bound to do so. Indeed, as Geoffrey England has documented, in the first two years after these provisions were enacted, "Ministerial consent to adjudication was denied in 19% of all cases in which it was requested": "Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years" (1982), 12 *Man. L.J.* 9, at p. 11. We know of no similar substantive rights under collective agreements that rely on such ministerial discretion.

[126] If ss. 240 to 245 do indeed confer on employees a right to be free from dismissal without cause by shifting the federal regime to a "just cause" regime, this substantive right to job security would depend on the discretion of the Minister. If the Minister chooses not to appoint an adjudicator, the employee will have no recourse to enforce his or her right not to be dismissed without just cause — the only option would be a common law action for wrongful dismissal in the civil courts. It would, in effect, be up to the Minister to decide in any case whether the employer was entitled to dismiss an employee without cause. The legal basis of the federally regulated employment relationship cannot depend on ministerial discretion. We therefore do

injustement et arbitrairement » (l'hon. J. Munro, « Les 14 points Munro : l'amélioration de la situation des travailleurs non syndiqués » (1977), 77 *La gazette du travail* 418, p. 420-421 (nous soulignons)). C'est une assise bien fragile ne permettant pas de conclure que le législateur souhaitait modifier la relation d'emploi fondée sur la common law en interdisant tous les congédiements non motivés.

E. *Pouvoir discrétionnaire du ministre*

[125] Une autre raison nous incite à remettre en question l'opinion de nos collègues selon laquelle le législateur a voulu conférer de nouveaux droits substantiels aux employés régis par la législation fédérale équivalents à ceux que les conventions collectives prévoient à l'intention des syndiqués. Aux termes du par. 242(1), sur réception du rapport d'un enquêteur, le ministre « peut » désigner un arbitre qui entendra la plainte de congédiement injuste. Le ministre n'est pas obligé de le faire. D'ailleurs, comme l'a relevé Geoffrey England, au cours des deux premières années qui ont suivi l'adoption des dispositions en question [TRADUCTION] « le ministre a refusé l'arbitrage dans 19 % des cas où il avait été demandé » (« Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction : The First Three Years » (1982), 12 *Man. L.J.* 9, p. 11). À notre connaissance, aucun droit substantiel de cette nature issu d'une convention collective n'est tributaire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre.

[126] Si les art. 240 à 245 conféraient effectivement aux employés le droit à la protection contre les congédiements non motivés en instaurant un régime fédéral de congédiement justifié, ce droit substantiel à la sécurité d'emploi dépendrait de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. Si le ministre choisit de ne pas désigner d'arbitre, l'employé ne dispose d'aucun recours pour faire valoir son droit de n'être congédié que pour une juste cause — la seule option consisterait alors à intenter devant les tribunaux civils une action pour congédiement illégal fondée sur la common law. Il reviendrait en fait au ministre de décider dans tous les cas si l'employeur pouvait congédier son employé sans motif. Le fondement juridique du

not agree that the addition of ss. 240 to 245 to the *Code* created a "just cause" regime.

F. *The Common Law Continues to Apply*

[127] As discussed above, the common law employment relationship is an individual contractual relationship. No "wrong in law is done by the termination [of the contract] itself": *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at p. 1096, per McIntyre J. Rather, the common law implies a term in every contract of employment that both the employer and employee have the right to terminate it upon reasonable notice, absent just cause for termination without notice: *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 998. This implied term is constrained by employment standards legislation across Canada, as most provinces have enacted minimum amounts of notice or pay in lieu of notice that must be provided when terminating an employment contract.

[128] It is a well-established rule of statutory interpretation that "[w]hen there is overlap between legislation and the common law, both are presumed to apply": R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §17.24. Statutes must therefore be construed as being consistent with the common law unless the legislature clearly and unambiguously expresses otherwise: *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157.

[129] Section 168 of the *Code* expressly preserves the continued application of the common

lien d'emploi dans le cas des employés régis par la législation fédérale ne saurait dépendre du pouvoir discrétionnaire du ministre. Nous ne pouvons par conséquent souscrire à l'idée que l'ajout des art. 240 à 245 dans le *C.c.t.* a eu pour effet d'instaurer un régime de congédiement justifié.

F. *La common law continue de s'appliquer*

[127] Comme nous l'avons dit, le lien d'emploi en common law constitue une relation contractuelle individuelle. La « résiliation même du contrat ne constitue pas un acte fautif en droit » (*Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, p. 1096, le juge McIntyre). Au contraire, en common law, chaque contrat de travail contient une condition implicite selon laquelle l'employeur et l'employé ont le droit de résilier le contrat sur préavis raisonnable, sauf s'il existe une juste cause de congédiement sans préavis (*Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 998). L'application d'une telle condition implicite est restreinte par les diverses lois sur les normes du travail en vigueur au Canada. En effet, la plupart des provinces ont précisé par voie législative le préavis minimum et l'indemnité en tenant lieu applicables à la résiliation d'un contrat d'emploi.

[128] Il existe une règle bien établie d'interprétation législative selon laquelle [TRADUCTION] « [e]n cas de chevauchement entre la loi et la common law, les deux sont réputées s'appliquer » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), §17.24). Par conséquent, les lois doivent recevoir une interprétation compatible avec les règles de common law à moins que le législateur ait clairement et sans équivoque exprimé l'intention contraire (*Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157).

[129] L'article 168 du *C.c.t.* préserve expressément l'application continue de la common law aux

law to the federally regulated employment relationship. There is therefore an overlap between the legislation and the common law here. Absent clearly and unambiguously expressed legislative intent to change the common law by adding the unjust dismissal provisions in ss. 240 to 245, we must interpret the *Code* consistently with the common law, particularly since Parliament expressly preserved the common law by enacting s. 168. The majority has pointed to no such clear and unambiguous statutory language. We must therefore interpret the *Code* consistently with the common law, meaning that the contractual basis of individual employment continues to apply, and that federal employers are not categorically prohibited from dismissing non-unionized federal employees without cause. More particularly, we must understand Parliament, in adding ss. 240 to 245 as well as s. 246, as having preserved the concurrent jurisdiction of the courts over the question of the lawfulness of the dismissal, and not as having fundamentally altered the nature of the employment relationship. Parliament simply created another procedural mechanism through which employees could challenge the lawfulness of their dismissal, in which the additional remedy of reinstatement is available.

liens d'emploi régis par la législation fédérale. Il y a donc chevauchement de la législation et de la common law. En l'absence de termes clairs et non ambigus exprimant l'intention du législateur de modifier la common law par l'ajout des dispositions sur le congédiement injuste aux art. 240 à 245, il nous faut interpréter le *C.c.t.* de manière compatible avec la common law, tout particulièrement parce que le législateur a préservé expressément l'application de cette dernière en adoptant l'art. 168. Les juges majoritaires n'ont pointé aucune telle disposition claire et non ambiguë. Il nous faut donc interpréter le *C.c.t.* d'une manière compatible avec la common law, c'est-à-dire que le fondement contractuel du lien d'emploi individuel continue de s'appliquer et qu'il n'est pas catégoriquement interdit aux employeurs fédéraux de congédier sans motif les employés fédéraux non syndiqués. Plus précisément, il faut comprendre que le législateur, en adoptant les art. 240 à 245 et l'art. 246, a préservé la compétence des tribunaux civils en matière de légalité du congédiement et n'a pas modifié de façon fondamentale la nature de la relation d'emploi. Le législateur a simplement créé un autre mécanisme procédural permettant aux employés de contester la légalité de leur congédiement et prévoyant en outre la réintégration comme mesure de réparation.

[130] We also note that s. 168 states that Part III of the *Code* shall not "be construed as affecting any rights or benefits of an employee under any law, custom, contract or arrangement" that are more beneficial to the employee than the rights granted to the employee by Part III of the *Code*. This part of the provision would be meaningless had Parliament not intended to preserve the continued application of the common law.

[130] Nous faisons également observer que l'art. 168 énonce que la partie III du *C.c.t.* « n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages acquis par un employé » sous le régime d'autres « règles de droit, usages, contrats ou arrangements », dans la mesure où ceux-ci confèrent aux employés des droits ou avantages plus généreux que ceux que leur accorde la partie III du *C.c.t.* Ce passage de la disposition serait dénué de sens si le législateur n'avait pas eu l'intention de préserver l'application de la common law.

[131] We also respectfully observe that the majority's understanding of the continuing role of the common law in the federal employment relationship is internally inconsistent. Implicit in the majority's reasons is a belief that Parliament did not intend to oust the common law of wrongful dismissal when it enacted ss. 240 to 245: it states that Parliament's intention was "to offer an alternative statutory

[131] Nous sommes d'avis que la conception qu'ont les juges majoritaires du rôle continu de la common law dans le lien d'emploi fédéral est intrinsèquement contradictoire. Il ressort implicitement de leurs motifs que le législateur n'avait pas l'intention d'écarter les règles de common law régissant le congédiement illégal en édictant les art. 240 à 245. En effet, selon eux, le législateur

scheme consisting of expansive protections much like those available to employees covered by a collective agreement" (para. 1), while claiming that this scheme has "completely replaced" the "foundational premise of the common law scheme [being] a right to dismiss on reasonable notice without cause or reasons" (para. 63). It also maintains that s. 246 entitles employees to "pursue their common law remedy of reasonable notice or pay in lieu" (para. 64). In other words, the continuing operation of the common law to define the basis of the federal employment relationship where a remedy is pursued under s. 242 of the *Code* is denied; yet, its operation, for the purpose of defining the basis of the federal employment relationship where civil remedies for dismissal are pursued, is accepted. The majority says, for the former purpose, that the common law has been entirely replaced by the statutory regime (para. 63), yet, for the latter purpose, it characterizes this statutory regime as a mere "alternative" (para. 41).

avait l'intention « d'établir un régime légal alternatif offrant des protections généreuses très semblables à celles dont jouissent les employés protégés par une convention collective » (par. 1), mais ils affirment également que « la prémisse fondamentale du régime de common law, à savoir qu'il existe un droit de congédier un employé sans motif moyennant un préavis raisonnable » a été « remplacée complètement » par ce régime (par. 63). Ils prétendent également que l'art. 246 permet à l'employé de « revendiquer les réparations de common law que constituent le préavis raisonnable ou l'indemnité en guise et lieu » (par. 64). Autrement dit, suivant leur raisonnement, lorsqu'il s'agit de définir le fondement du lien d'emploi fédéral, la common law ne s'appliquerait plus dans les cas où l'employé cherche à obtenir une réparation visée à l'art. 242 du *C.c.t.*, mais continuerait de s'appliquer dans les cas où l'employé conteste son congédiement devant les tribunaux civils. Selon les juges majoritaires, dans le premier cas, la common law a été remplacée complètement par le régime légal (par. 63), tandis que dans le second, le régime légal constitue à leurs yeux une simple « alternative » (par. 41).

[132] With respect, the majority cannot, coherently, have it both ways. It cannot affirm the existence of a statutory "just cause" regime, which displaces the common law, while acknowledging the continued application of the common law rules regarding the termination of a contract of employment. The two legal propositions simply cannot coexist.

[132] Avec respect, on ne peut, de façon cohérente, affirmer une chose et son contraire. Les juges majoritaires ne peuvent prétendre à l'existence d'un régime légal de congédiement justifié qui écarte la common law, tout en reconnaissant l'application continue des règles de common law régissant la résiliation du contrat d'emploi. Les deux propositions juridiques ne sauraient tout simplement pas coexister.

[133] As we have said, therefore, it is incumbent on the majority to point to a clear and unambiguously expressed legislative intention to oust the common law. In our respectful view, the majority cannot do so. Indeed, the majority states that it is *our* interpretation which "somersaults our understanding of the relationship between the common law and statutes" since we assume "the continuity of a more restrictive common law regime notwithstanding the legislative enactment of benefit-granting provisions to the contrary": para. 67. But this reasoning is, with respect, circular. It assumes the question to be decided, being whether Parliament

[133] Comme nous le disions précédemment, il incombe aux juges majoritaires de démontrer l'intention claire et non ambiguë de la part du législateur d'écarter la common law. À notre humble avis, cela n'est pas possible. En fait, selon eux, c'est *notre* interprétation qui « bouleverse la conception du rapport entre la common law et les lois », car elle signifierait « qu'un régime de common law plus restrictif serait maintenu malgré l'adoption de dispositions légales contraires conférant des avantages » (par. 67). Avec respect, ce raisonnement est circulaire. Il tient pour acquis que la question est de savoir si le législateur a voulu écarter la common law

intended to oust the common law by enacting more "generous" provisions through statute. The simple fact that the statute confers benefits tells us nothing about whether the common law continues to apply. A legislature can create an alternate procedure for challenging the lawfulness of a dismissal without thereby implicitly ousting the common law basis for all employment relationships. Indeed, this Court recognized in *Dunsmuir* that an adjudicator's decision was unreasonable precisely because it would have resulted in a "just cause" regime for non-unionized employees where the legislature had created a grievance mechanism for challenging dismissals but had not expressly indicated any intention to oust the common law: see para. 75.

en adoptant par voie législative des mesures plus « généreuses ». Le simple fait que la loi confère des avantages ne permet pas de déterminer si la common law continue de s'appliquer. Le législateur peut créer une autre voie de droit pour la contestation de la légalité d'un congédiement sans pour autant écarter implicitement les règles de common law applicables aux liens d'emploi. En effet, c'est ce que la Cour a reconnu dans l'arrêt *Dunsmuir* en concluant au caractère déraisonnable de la décision de l'arbitre justement parce qu'elle aurait eu pour effet de créer à l'égard des employés non syndiqués un régime de congédiement justifié alors que le législateur avait instauré un mécanisme de grief pour la contestation des congédiements sans toutefois exprimer explicitement son intention d'écarter la common law (voir par. 75).

Comparison With Other Regimes

[134] Our conclusion is further reinforced by contrasting the federal regime with provincial schemes that have created a regime where only dismissals for just cause are permitted. Where they have done so, they have done so expressly. In Nova Scotia, s. 71(1) of the *Labour Standards Code*, R.S.N.S. 1989, c. 246 ("*LSC*"), expressly prohibits employers from dismissing certain employees without just cause. It states:

71 (1) Where the period of employment of an employee with an employer is ten years or more, the employer shall not discharge or suspend that employee without just cause unless that employee is a person within the meaning of person as used in clause (d), (e), (f), (g), (h) or (i) of subsection (3) of Section 72.

(2) An employee who is discharged or suspended without just cause may make a complaint to the Director in accordance with Section 21.

(3) An employee who has made a complaint under subsection (2) and who is not satisfied with the result may make a complaint to the Board in accordance with Section 23 and such complaint shall be and shall be deemed to be a complaint within the meaning of subsection (1) of Section 23.

Comparaison avec d'autres régimes

[134] Notre conclusion est en outre étayée par une comparaison du régime fédéral avec ceux des provinces qui ont créé un régime de congédiement justifié. Et lorsqu'elles l'ont fait, ce fut expressément. En Nouvelle-Écosse, le par. 71(1) du *Labour Standards Code*, R.S.N.S. 1989, c. 246 (« *LSC* »), interdit expressément aux employeurs de congédier certains employés sans juste cause. Il est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

71 (1) Lorsqu'une personne est au service d'un employeur pendant dix ans ou plus, ce dernier ne peut la congédier ou la suspendre sans juste cause à moins qu'elle ne soit visée à l'alinéa d), e), f), g), h) ou i) du paragraphe (3) de l'article 72.

(2) La personne congédiée ou suspendue sans juste cause peut déposer une plainte auprès du directeur conformément à l'article 21.

(3) La personne qui a déposé une plainte en vertu du paragraphe (2) et est insatisfaite de l'examen qui en a été fait peut en déposer une autre auprès de la Commission conformément à l'article 23; la plainte est alors réputée être une plainte au sens du paragraphe (1) de l'article 23.

Section 72 of the Nova Scotia *LSC* permits employers to dismiss all other employees without cause upon provision of the appropriate notice or payment of the appropriate pay in lieu of notice. The Nova Scotia *LSC* does not preserve concurrent jurisdiction of the courts over the lawfulness of the dismissal of employees covered by ss. 71 and 72. Instead, the Director and Board have exclusive jurisdiction to determine the lawfulness of the dismissal and order a remedy: ss. 21, 23 and 78. Further, an employee always has the right to complain about the lawfulness of a dismissal to the Director and the Board. Therefore unlike the *Canada Labour Code*, the employee's right to have his or her claim investigated and adjudicated in Nova Scotia does not depend on the discretionary approval of the Minister: ss. 71(2) and 71(3).

[135] Similarly, in Quebec, employees who are employed for two years or more may only be dismissed for "good and sufficient cause": *An Act respecting labour standards*, CQLR, c. N-1.1, s. 124 ("*ALS*"). As in Nova Scotia, once a complaint is made about a dismissal and it is not settled, "the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail shall, without delay, refer the complaint to the Administrative Labour Tribunal": s. 126. An employee always has the right to have his or her claim settled or referred for adjudication in Quebec. This right does not depend on the discretion of the Minister.

[136] Both the Quebec and Nova Scotia legislatures clearly intended to establish "just cause" regimes in their respective provinces for certain employees by expressly prohibiting dismissals without cause. Despite the similarity in other provisions such as those regarding minimum notice (ss. 82 and 82.1(3) *ALS*; s. 72(1) *LSC*), and those preserving civil remedies (s. 82, para. 4 *ALS*; s. 6 *LSC*), the fact remains the *ALS* only allows dismissals for "good and sufficient cause" (s. 124), while the *LSC* provides that employers shall not discharge or suspend an employee "without just cause" (s. 71). Despite the majority's statement to the contrary (para. 65), the contrast between these two provincial schemes and

L'article 72 du *LSC* de la Nouvelle-Écosse permet aux employeurs de congédier tous les autres employés sans motif moyennant un préavis adéquat ou le versement d'une indemnité tenant lieu de préavis. Cette loi ne préserve pas la compétence des tribunaux civils quant à la légalité du congédiement des employés tombant sous le coup des art. 71 et 72. En fait, le directeur et la Commission ont compétence exclusive pour se prononcer sur la légalité du congédiement et pour ordonner une réparation s'il y a lieu (art. 21, 23 et 78). De plus, l'employé dispose toujours du droit de déposer une plainte auprès du directeur et de la Commission. Ainsi, contrairement à ce que prévoit le *C.c.t.*, en Nouvelle-Écosse, le droit de l'employé à l'examen de sa plainte et à une décision ne dépend pas du pouvoir discrétionnaire du ministre (par. 71(2) et 71(3)).

[135] De même, au Québec, les employés qui travaillent pour une entreprise depuis au moins deux ans ne peuvent être congédiés que pour une « cause juste et suffisante » (*Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, art. 124 (« *LNT* »)). Tout comme en Nouvelle-Écosse, si une plainte est soumise à l'égard d'un congédiement, mais qu'aucun règlement n'intervient, « la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail [. . .] défère sans délai la plainte au Tribunal administratif du travail » (art. 126). Au Québec, l'employé a toujours le droit au règlement de sa plainte ou à une décision sur celle-ci. Ce droit ne dépend pas du pouvoir discrétionnaire du ministre.

[136] Tant la législature du Québec que celle de la Nouvelle-Écosse ont de toute évidence voulu établir, à l'égard de certains employés, des régimes de congédiement justifié en interdisant expressément les congédiements sans motif. Malgré les similitudes avec le régime fédéral en matière de préavis minimal (*LNT*, art. 82 et par. 82.1(3); *LSC*, par. 72(1)) et de recours civils possibles (*LNT*, art. 82, al. 4; *LSC*, art. 6), il demeure que la *LNT* ne permet que les congédiements pour une « cause juste et suffisante » (art. 124), tandis que le *LSC* dispose que l'employeur ne peut congédier ou suspendre un employé « sans juste cause » (art. 71). Malgré l'affirmation à l'effet contraire de la part

the provisions of the *Code* are such that they cannot be claimed to be "similar". Had Parliament intended to prohibit without cause dismissals, it would have done so by using such clear and unambiguous language. This is all the more apparent since the *LSC* preceded the enactment of ss. 240 to 245 of the *Code*, and yet Parliament refrained from adopting such irresistibly clear language. The Nova Scotia and Quebec regimes therefore do not present a sufficient basis for concluding that all without cause dismissals are automatically unjust under the *Code*. The reason those two provincial schemes have, as our colleagues correctly observe, "been consistently applied as prohibiting dismissals without cause" (para. 65) is that, unlike the *Code*, they clearly *do* prohibit dismissals without cause.

[137] Indeed, we note that other provinces have created alternative, non-judicial mechanisms for challenging the lawfulness of a dismissal while maintaining the common law "without cause" regime. See, e.g., *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1) and 100.1; *Employment Standards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 113, ss. 74 to 86.2; *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2, ss. 61 to 76; *Employment Standards Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, s. 30; *Labour Standards Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-2, ss. 62 and 68 to 73.

[138] Further, almost all "without cause" jurisdictions make the remedy of reinstatement available where an employee is unlawfully dismissed, for example, where an employee is dismissed for unlawful or discriminatory reasons: *Employment Standards Act* (B.C.), s. 79; *Employment Standards Code*, R.S.A. 2000, c. E-9, ss. 82 and 89(1); *The Saskatchewan Employment Act*, S.S. 2013, c. S-15.1, ss. 2-97(1) and 3-36(1); *The Employment Standards Code*, C.C.S.M., c. E110, s. 96.1; *Employment Standards Act, 2000*, S.O. 2000, c. 41, s. 104; *Employment Standards Act* (N.B.), s. 65; *Labour Standards Act* (N.L.), s. 78.

des juges majoritaires (par. 65), ces deux régimes provinciaux et les dispositions du *C.c.t.* diffèrent à un point tel qu'on ne peut qualifier de « semblable » la protection accordée par chacun. Le législateur n'a pu vouloir interdire les congédiements non motivés, car il aurait dû, pour ce faire, utiliser des termes aussi clairs et non ambigus. Ceci ressort d'autant plus que le *LSC* a été adopté avant les art. 240 à 245 du *C.c.t.*; le législateur s'est pourtant abstenu d'opter pour des termes clairs et non ambigus. Les régimes en vigueur en Nouvelle-Écosse et au Québec ne permettent pas de conclure que tous les congédiements non motivés sont automatiquement injustes suivant le *C.c.t.* Si, comme le font remarquer à bon droit nos collègues, ces deux régimes « ont systématiquement donné lieu à l'interprétation selon laquelle ils interdisent le congédiement non motivé » (par. 65), c'est qu'ils interdisent *effectivement* le congédiement non motivé, et ce clairement, contrairement au *C.c.t.*

[137] En effet, nous signalons que d'autres provinces ont mis en place des mécanismes alternatifs de contestation de la légalité du congédiement tout en maintenant le régime de common law de congédiement sans motif. (Voir p. ex. *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, c. P-25, par. 97(2.1) et art. 100.1; *Employment Standards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 113, art. 74 à 86.2; *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, c. E-7.2, art. 61 à 76; *Employment Standards Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, art. 30; *Labour Standards Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-2, art. 62 et 68 à 73.)

[138] De plus, dans presque tous les ressorts où il peut y avoir congédiement non motivé, la possibilité de réintégrer l'employé congédié illégalement, par exemple pour des raisons illicites ou discriminatoires, existe (*Employment Standards Act* (C.-B.), art. 79; *Employment Standards Code*, R.S.A. 2000, c. E-9, art. 82 et par. 89(1); *The Saskatchewan Employment Act*, S.S. 2013, c. S-15.1, par. 2-97(1) et 3-36(1); *Code des normes d'emploi*, C.P.L.M., c. E110, art. 96.1; *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, art. 104; *Loi sur les normes d'emploi* (N.-B.), art. 65; *Labour Standards Act* (T.-N.-L.), art. 78).

[139] There is no question that without cause dismissals continue to be permitted in all of these jurisdictions, even where a grievance or non-judicial mechanism for complaining about the lawfulness of a dismissal is available: see, e.g., *Dunsmuir*, at para. 75. The mere availability of a non-judicial procedural mechanism to challenge the lawfulness of a dismissal, coupled with the availability of reinstatement in certain circumstances, does not *ipso facto* transform a "without cause" regime into a "just cause" regime. In our view, the federal *Code* is more akin to these "without cause" jurisdictions than it is to the regimes in Nova Scotia and Quebec.

G. *Role of Remedies*

[140] The majority also says that an interpretation which permits federally regulated employers to dismiss their employees without cause would "have the effect of rendering many of the Unjust Dismissal remedies meaningless or redundant": para. 68. But for two reasons, this is not so. First, the requirement to provide reasons where requested is simply an evidentiary tool for inspectors and adjudicators, not a wholesale change to the nature of the employment relationship. Second, the remedy of reinstatement is consistent with a "without cause" regime.

[141] Section 241 of the *Code* allows a dismissed employee or an inspector to request that the employer "provide a written statement giving the reasons for dismissal". Section 241 also prescribes the conditions by which an inspector may endeavour to settle the complaint: see ss. 241(2) and 241(3). In our view, the purpose of s. 241 is to enable the employee and the inspector to know the nature of the case alleged by the employer: if the employer is asserting that the employee was dismissed for cause, the employer must make that factual assertion in the written statement providing reasons for dismissal. If the employer has dismissed the employee for lack of work or discontinuance of a function, this will be reflected in the written reasons for dismissal. And if the employer has simply dismissed the employee without cause, it must state this in the reasons for

[139] Il ne fait aucun doute que le congédiement non motivé demeure permis dans ces ressorts, et ce même lorsqu'il y existe un mécanisme de grief ou un autre recours alternatif de contestation de la légalité du congédiement (voir p. ex. *Dunsmuir*, par. 75). La simple existence de tels recours et la possibilité d'une réintégration dans certaines circonstances ne transforment pas automatiquement un régime de congédiement non motivé en un régime de congédiement justifié. Selon nous, le *C.c.t.* s'apparente davantage au premier régime qu'à ceux en vigueur en Nouvelle-Écosse et au Québec.

G. *Rôle des mesures de réparation*

[140] Les juges majoritaires affirment également qu'une interprétation autorisant les congédiements non motivés par les employeurs régis par la législation fédérale « aurait pour effet de rendre inutiles les réparations à l'encontre du congédiement injuste » (par. 68). Or, ce n'est pas le cas, et ce pour deux raisons. Premièrement, l'obligation pour l'employeur de faire connaître sur demande les motifs du congédiement permet simplement à l'enquêteur et à l'arbitre de recueillir des éléments de preuve; il ne s'agit pas d'une transformation complète de la nature du lien d'emploi. Deuxièmement, la réintégration dans l'emploi cadre bien avec un régime de congédiement non motivé.

[141] Aux termes de l'art. 241 du *C.c.t.*, l'employé congédié ou l'inspecteur peut « demander par écrit à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement ». Cette disposition énonce également les conditions auxquelles l'inspecteur peut tenter de régler la plainte (voir par. 241(2) et 241(3)). À notre sens, la disposition a pour objet de permettre à l'employé et à l'inspecteur de demander à l'employeur d'exposer sa position : si ce dernier prétend qu'il s'agit d'un congédiement motivé, il doit l'affirmer par écrit dans sa déclaration relative aux motifs du congédiement. Si l'employé a été congédié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste, la déclaration en fera état. Si l'employeur a congédié l'employé sans motif, il précisera ce fait dans la déclaration de sorte que l'inspecteur — ou au besoin l'arbitre — puisse

dismissal so that the inspector and, if necessary, the adjudicator can determine the adequacy of the notice and severance pay. The "reasons" requirement also serves the function of identifying dismissals that may be discriminatory or retaliatory, irrespective of whether the dismissal was for just cause or was without cause. It functions similarly to the discovery process in a civil claim. We do not see how interpreting ss. 240 to 245 of the *Code* as a "without cause" regime would affect the operation of this evidentiary provision.

[142] Further, affirming that the *Code* permits employers to dismiss employees without cause does not render meaningless the remedy of reinstatement. As we have noted, the remedy of reinstatement is available in almost every provincial employment law regime irrespective of whether that regime permits an employer to dismiss an employee without cause. For example, reinstatement is routinely ordered where "there has been breach of the statutory requirements or protections governing the employee's employment, or where the termination is in breach of an applicable human rights code": J. T. Casey, ed., *Remedies In Labour, Employment and Human Rights Law* (loose-leaf), at p. 4-4 (footnotes omitted); see also *Lemieux Bélanger v. Commissaires d'Écoles pour la Municipalité de St-Gervais*, [1970] S.C.R. 948, at p. 952; *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199, at p. 210. Under the *Code*, adjudicators currently order reinstatement based on their expert assessment of whether the employer and employee will be able to continue working together in a healthy and productive employment relationship in the future. If the adjudicator has reason to believe that the employer will simply dismiss the employee again, he or she will not order reinstatement. In *Ridley v. Gitxaala Nation*, [2009] C.L.A.D. No. 267 (QL), at para. 3, for instance, it was held that reinstatement is not appropriate where it "is highly likely to result in a second dismissal within a short period of time". There is no reason to suppose that this practice would change were this Court to affirm the continuing right of federally regulated employers to dismiss their employees without cause, as long as the appropriate notice and severance pay is provided.

décider si le préavis et l'indemnité de départ sont suffisants. L'obligation de faire connaître les motifs permet également de déceler les congédiements discriminatoires ou qui constitueraient des représailles, qu'ils soient justifiés ou non motivés. Cette procédure est semblable au processus de communication préalable dans une action civile. Nous voyons mal comment une interprétation selon laquelle les art. 240 à 245 du *C.c.t.* créent un régime de congédiement non motivé puisse nuire à l'application de cette disposition relative à la preuve.

[142] En outre, affirmer que le *C.c.t.* permet aux employeurs de congédier des employés sans motif ne rend pas inutile la réparation possible de la réintégration dans l'emploi. Comme nous l'avons souligné, cette réparation existe dans presque toutes les provinces, peu importe que le régime y permette ou non le congédiement non motivé. Par exemple, la réintégration dans l'emploi est couramment ordonnée dans les cas où [TRADUCTION] « les prescriptions légales ou les protections en matière d'emploi ne sont pas respectées ou le licenciement enfreint un code des droits de la personne applicable » (J. T. Casey, dir, *Remedies In Labour, Employment and Human Rights Law* (feuilles mobiles), p. 4-4 (notes en bas de page omises); voir aussi *Lemieux Bélanger c. Commissaires d'Écoles pour la Municipalité de St-Gervais*, [1970] R.C.S. 948, p. 952; *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199, p. 210). Aussi, présentement, aux termes du *C.c.t.*, les arbitres ordonnent la réintégration si, à leur avis d'expert, l'employeur et l'employé sont en mesure de maintenir une relation d'emploi saine et productive. Si l'arbitre croit que l'employeur congédiera simplement à nouveau l'employé, il n'ordonnera pas la réintégration. Dans *Ridley c. Gitxaala Nation*, [2009] C.L.A.D. No. 267 (QL), par. 3, par exemple, l'arbitre a conclu que la réintégration ne convenait pas quand il [TRADUCTION] « est fort probable qu'elle soit suivie d'un deuxième congédiement dans un court laps de temps ». Aucune raison ne permet de croire que cette pratique changerait si la Cour confirmait le droit des employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés sans motif moyennant le préavis et l'indemnité de départ adéquats.

[143] The adjudicator retains significant remedial powers where a federally regulated employer dismisses an employee without cause. This is because the employer must still provide appropriate notice and severance pay. If the employee chooses to complain about that dismissal before an adjudicator, and the adjudicator has jurisdiction to consider the complaint, the adjudicator has the power to determine whether the amount of notice and severance pay reflects "the wages that the employer ought to have paid the employee either over the course of the period of reasonable notice or as pay in lieu of notice": *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 66. The adjudicator may do so by comparing the amount the employee would be entitled to under common law against the statutory minimum prescribed in ss. 230 and 235, and awarding the greater sum to the employee. The adjudicator's power to do so is found in s. 168, which preserves the application of the common law where it provides benefits in excess of what is prescribed in the *Code*.

[144] Further, if the adjudicator finds something unjust in the *manner* of dismissal, the adjudicator has the power to award whatever remedy that he or she deems appropriate, whether this is compensatory damages, punitive damages, or in appropriate cases, reinstatement. Adjudicators routinely award damages for mental distress or punitive damages where the employer's conduct in dismissing an employee is egregious or in bad faith: see, e.g., *Poulter v. Gull Bay First Nation*, 2011 CarswellNat 3466 (WL Can.) ($10,000 for bullying, demeaning, and harassing conduct that led to a constructive dismissal); *Morrisseau v. Tootinaowaziibeeng First Nation* (2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134 (three extra months of salary and benefits payable due to the employer's callous behaviour in dismissing the employee); *Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re*, 2006 CarswellNat 6950 (WL Can.) (four months' salary ordered as punitive damages for the employer's conduct in dismissing the employee without cause or notice). These remedies are available in the civil courts and they are routinely awarded as remedies for wrongful dismissals. They are equally available to employees who challenge

[143] L'arbitre dispose de pouvoirs considérables pour ordonner des mesures de réparation dans le cas où un employeur régi par la législation fédérale congédie un employé sans motif. En effet, l'employeur est tenu de donner un préavis adéquat et une indemnité de départ. Si l'employé dépose une plainte auprès d'un arbitre ayant compétence pour l'entendre, ce dernier décide si le préavis et le montant de l'indemnité « représentent, en réalité, le traitement que l'employeur aurait dû verser à l'employé soit au cours de la période de préavis raisonnable soit comme salaire tenant lieu de préavis » (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 66). L'arbitre peut faire ceci en comparant la somme à laquelle l'employé aurait droit en vertu des règles de common law avec le minimum prescrit par la loi aux art. 230 et 235 et en accordant la somme la plus élevée à l'employé. Ce pouvoir est conféré à l'arbitre par l'art. 168, qui préserve l'application des règles de common law lorsqu'elles accordent à l'employé des avantages plus favorables que ceux que prévoit le *C.c.t.*

[144] De plus, si l'arbitre conclut à un congédiement injuste en raison de la *façon* dont il s'est produit, il peut accorder la réparation qu'il juge indiquée, qu'il s'agisse de dommages-intérêts compensatoires, de dommages-intérêts punitifs ou, dans les cas qui s'y prêtent, la réintégration. Les arbitres accordent fréquemment des dommages-intérêts pour préjudice moral ou des dommages punitifs lorsque les employeurs se sont comportés de façon inacceptable ou ont fait preuve de mauvaise foi (voir p. ex. *Poulter c. Gull Bay First Nation*, 2011 CarswellNat 3466 (WL Can.) (10 000 $ ont été accordés à un employé pour congédiement déguisé, par suite d'actes d'intimidation, d'humiliation et de harcèlement); *Morrisseau c. Tootinaowaziibeeng First Nation* (2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134 (une somme additionnelle équivalant à trois mois de salaire et d'avantages sociaux accordés en raison de l'insensibilité de l'employeur au moment du congédiement de l'employée); *Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re*, 2006 CarswellNat 6950 (WL Can.) (dommages-intérêts punitifs d'une somme équivalant à quatre mois de salaire accordés à l'employé par suite du comportement de l'employeur

the lawfulness of their dismissal through the adjudicative provisions of the *Code*.

[145] An employer may also dismiss an employee for just cause. Where just cause is made out, an employer is not obliged to provide notice or severance pay to an employee. When an employer dismisses an employee and alleges just cause, an adjudicator has the power to determine whether just cause was made out. If it was not, then the adjudicator may award any remedy that he or she deems appropriate, including reinstatement. Reinstatement is only awarded where it is requested by the employee and where there is no significant deterioration in the employment relationship between the employer and the employee: Levitt, at pp. 2-119 to 2-120.

H. *Summary of the Proper Interpretation*

[146] The purpose of ss. 240 to 245 is to provide a low cost, efficient, and effective procedural mechanism for employees to challenge the lawfulness of their dismissal. Employees who are covered by a collective agreement have a similar procedural option to grieve the lawfulness of their dismissals, as the Minister noted in his statements to the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration and to the House of Commons in 1978.

[147] This procedure is more efficient and perhaps more effective than a civil action, since it involves less stringent evidentiary rules, an expert adjudicator who is well versed in the factual nuances of employment relationships, and a stricter timeline than a court action. It is a "time- and cost-effective method of resolving employment disputes [that] provides an alternative to judicial determination": *Dunsmuir*, at para. 69. Additional remedies are available to employees who choose to use the unjust dismissal provisions. In this way, the unjust dismissal provisions of the *Code* increase access to justice for federal employees who are dismissed from their employment.

l'ayant congédié sans motif ni préavis)). Ces réparations peuvent être accordées par les tribunaux civils et elles le sont souvent par suite de congédiements illégaux. Elles sont également à la portée des employés qui contestent la légalité de leur congédiement en vertu des dispositions d'arbitrage du *C.c.t.*

[145] Le congédiement justifié est également permis. Si l'existence d'une juste cause est établie, aucun préavis ni indemnité de départ n'est obligatoire. L'arbitre a le pouvoir de décider si une juste cause a été établie. Dans la négative, l'arbitre peut ordonner les mesures qu'il estime appropriées, dont la réintégration. La réintégration n'est possible que si l'employé la demande et que si les rapports employeur-employé ne se sont pas trop détériorés (Levitt, p. 2-119 à 2-120).

H. *Résumé de l'interprétation correcte*

[146] L'objet des art. 240 à 245 est de prévoir à l'intention des employés qui souhaitent contester la légalité de leur congédiement un mécanisme procédural peu coûteux, efficient et efficace. Comme le ministre l'a fait remarquer devant le Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration et à la Chambre des communes en 1978, les employés visés par une convention collective disposent d'un mécanisme semblable, celui du grief, pour contester la légalité de leur congédiement.

[147] Cette procédure est plus efficiente, voire plus efficace, qu'un recours civil : les règles de preuve sont moins strictes, l'arbitre expert est bien au fait des nuances factuelles des liens d'emploi et les délais sont plus courts. C'est « à l'égard des différends entre employeurs et employés un mode de règlement rapide et peu coûteux permettant d'éviter la voie judiciaire » (*Dunsmuir*, par. 69). D'autres réparations sont prévues à l'intention des employés qui se prévalent des dispositions relatives au congédiement injuste. En ce sens, ces dispositions du *C.c.t.* donnent aux employés congédiés visés par la législation fédérale un accès accru à la justice.

[148] But a procedural mechanism that increases access to justice does not, in and of itself, fundamentally alter the nature of the employment relationship. This procedural mechanism — access to which is dependent on the discretion of the Minister — is not, therefore, the exclusive means by which a federal employee must challenge the lawfulness of the dismissal. The employee may choose to challenge the dismissal through the courts as well. The unjust dismissal provisions are simply a procedural option for federal employees. The common law continues to apply, and federally regulated employers are entitled to dismiss employees without cause, but with payment of the appropriate notice and severance pay as prescribed by ss. 230 and 235 of the *Code*, the contract of employment, or the common law (whichever is greater). Adjudicators and courts possess concurrent jurisdiction to determine the adequacy of the notice and severance pay and to order any other remedies that may be warranted in the circumstances. The mere provision of a notice and a severance payment does not allow an employer to escape the scrutiny of an adjudicator any more than it would allow the employer to escape the scrutiny of a court.

IV. Conclusion

[149] We agree with the Federal Court and the Federal Court of Appeal that the *Canada Labour Code* does not prohibit all federally regulated employers from dismissing employees without cause. It follows that the adjudicator's decision should be set aside. We would therefore dismiss the appeal.

APPENDIX

Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2

PART III

Standard Hours, Wages, Vacations and Holidays

DIVISION X

Individual Terminations of Employment

[148] Toutefois, un mécanisme procédural qui élargit l'accès à la justice ne modifie pas pour autant la nature du lien d'emploi. Ce mécanisme — tributaire de l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire — n'est donc pas le seul dont un employé fédéral peut se prévaloir pour contester la légalité de son congédiement. Il peut aussi s'adresser aux tribunaux civils. Les dispositions relatives au congédiement injuste offrent simplement un autre recours aux employés régis par la législation fédérale. La common law continue de s'appliquer, et les employeurs régis par la législation fédérale ont le droit de congédier leurs employés sans motif, moyennant le préavis et l'indemnité de départ les plus généreux parmi ceux prévus aux art. 230 et 235 du *C.c.t.*, au contrat d'emploi ou en common law. Les arbitres et les tribunaux judiciaires possèdent des compétences concurrentes pour apprécier le préavis et l'indemnité et ordonner toute autre réparation pouvant se justifier dans les circonstances. L'employeur ne peut se soustraire à l'examen par un arbitre ou une cour de justice du simple fait qu'il a donné un préavis et versé une indemnité.

IV. Conclusion

[149] Nous sommes d'accord avec la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale pour dire que le *Code canadien du travail* n'interdit pas aux employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés sans motif. Il s'ensuit que la décision de l'arbitre doit être annulée. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2

PARTIE III

Durée normale du travail, salaire, congés et jours fériés

SECTION X

Licenciements individuels

Notice or wages in lieu of notice

230 (1) Except where subsection (2) applies, an employer who terminates the employment of an employee who has completed three consecutive months of continuous employment by the employer shall, except where the termination is by way of dismissal for just cause, give the employee either

(a) notice in writing, at least two weeks before a date specified in the notice, of the employer's intention to terminate his employment on that date, or

(b) two weeks wages at his regular rate of wages for his regular hours of work, in lieu of the notice.

Notice to trade union in certain circumstances

(2) Where an employer is bound by a collective agreement that contains a provision authorizing an employee who is bound by the collective agreement and whose position becomes redundant to displace another employee on the basis of seniority, and the position of an employee who is so authorized becomes redundant, the employer shall

(a) give at least two weeks notice in writing to the trade union that is a party to the collective agreement and to the employee that the position of the employee has become redundant and post a copy of the notice in a conspicuous place within the industrial establishment in which the employee is employed; or

(b) pay to any employee whose employment is terminated as a result of the redundancy of the position two weeks wages at his regular rate of wages.

Where employer deemed to terminate employment

(3) Except where otherwise prescribed by regulation, an employer shall, for the purposes of this Division, be deemed to have terminated the employment of an employee when the employer lays off that employee.

DIVISION XI

Severance Pay

Minimum rate

235 (1) An employer who terminates the employment of an employee who has completed twelve consecutive months of continuous employment by the employer shall, except where the termination is by way of dismissal for just cause, pay to the employee the greater of

Préavis ou indemnité

230 (1) Sauf cas prévu au paragraphe (2) et sauf s'il s'agit d'un congédiement justifié, l'employeur qui licencie un employé qui travaille pour lui sans interruption depuis au moins trois mois est tenu :

a) soit de donner à l'employé un préavis de licenciement écrit d'au moins deux semaines;

b) soit de verser, en guise et lieu de préavis, une indemnité égale à deux semaines de salaire au taux régulier pour le nombre d'heures de travail normal.

Préavis au syndicat

(2) En cas de suppression d'un poste, l'employeur lié par une convention collective autorisant un employé ainsi devenu surnuméraire à supplanter un autre employé ayant moins d'ancienneté que lui est tenu :

a) soit de donner au syndicat signataire de la convention collective et à l'employé un préavis de suppression de poste, d'au moins deux semaines, et de placer une copie du préavis dans un endroit bien en vue à l'intérieur de l'établissement où l'employé travaille;

b) soit de verser à l'employé licencié en raison de la suppression du poste deux semaines de salaire au taux régulier.

Assimilation

(3) Sauf disposition contraire d'un règlement, la mise à pied est, pour l'application de la présente section, assimilée au licenciement.

SECTION XI

Indemnité de départ

Minimum

235 (1) L'employeur qui licencie un employé qui travaille pour lui sans interruption depuis au moins douze mois est tenu, sauf en cas de congédiement justifié, de verser à celui-ci le plus élevé des montants suivants :

(a) two days wages at the employee's regular rate of wages for his regular hours of work in respect of each completed year of employment that is within the term of the employee's continuous employment by the employer, and

(b) five days wages at the employee's regular rate of wages for his regular hours of work.

Circumstances deemed to be termination and deemed not to be termination

(2) For the purposes of this Division,

(a) except where otherwise provided by regulation, an employer shall be deemed to have terminated the employment of an employee when the employer lays off that employee.

DIVISION XIV

Unjust Dismissal

Complaint to inspector for unjust dismissal

240 (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

Time for making complaint

(2) Subject to subsection (3), a complaint under subsection (1) shall be made within ninety days from the date on which the person making the complaint was dismissed.

Extension of time

(3) The Minister may extend the period of time referred to in subsection (2) where the Minister is satisfied that a complaint was made in that period to a government official who had no authority to deal with the complaint but that the person making the complaint believed the official had that authority.

a) deux jours de salaire, au taux régulier et pour le nombre d'heures de travail normal, pour chaque année de service;

b) cinq jours de salaire, au taux régulier et pour le nombre d'heures de travail normal.

Présomptions

(2) Pour l'application de la présente section :

a) sauf disposition contraire d'un règlement, la mise à pied est assimilée au licenciement.

SECTION XIV

Congédiement injuste

Plainte

240 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si :

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

Délai

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la plainte doit être déposée dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date du congédiement.

Prorogation de délai

(3) Le ministre peut proroger le délai fixé au paragraphe (2) dans les cas où il est convaincu que l'intéressé a déposé sa plainte à temps mais auprès d'un fonctionnaire qu'il croyait, à tort, habilité à la recevoir.

Reasons for dismissal

241 (1) Where an employer dismisses a person described in subsection 240(1), the person who was dismissed or any inspector may make a request in writing to the employer to provide a written statement giving the reasons for the dismissal, and any employer who receives such a request shall provide the person who made the request with such a statement within fifteen days after the request is made.

Motifs du congédiement

241 (1) La personne congédiée visée au paragraphe 240(1) ou tout inspecteur peut demander par écrit à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement; le cas échéant, l'employeur est tenu de lui fournir une déclaration écrite à cet effet dans les quinze jours qui suivent la demande.

Inspector to assist parties

(2) On receipt of a complaint made under subsection 240(1), an inspector shall endeavour to assist the parties to the complaint to settle the complaint or cause another inspector to do so.

Conciliation par l'inspecteur

(2) Dès réception de la plainte, l'inspecteur s'efforce de concilier les parties ou confie cette tâche à un autre inspecteur.

Where complaint not settled within reasonable time

(3) Where a complaint is not settled under subsection (2) within such period as the inspector endeavouring to assist the parties pursuant to that subsection considers to be reasonable in the circumstances, the inspector shall, on the written request of the person who made the complaint that the complaint be referred to an adjudicator under subsection 242(1),

(a) report to the Minister that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded; and

(b) deliver to the Minister the complaint made under subsection 240(1), any written statement giving the reasons for the dismissal provided pursuant to subsection (1) and any other statements or documents the inspector has that relate to the complaint.

Cas d'échec

(3) Si la conciliation n'aboutit pas dans un délai qu'il estime raisonnable en l'occurrence, l'inspecteur, sur demande écrite du plaignant à l'effet de saisir un arbitre du cas :

a) fait rapport au ministre de l'échec de son intervention;

b) transmet au ministre la plainte, l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement et tous autres déclarations ou documents relatifs à la plainte.

Reference to adjudicator

242 (1) The Minister may, on receipt of a report pursuant to subsection 241(3), appoint any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator to hear and adjudicate on the complaint in respect of which the report was made, and refer the complaint to the adjudicator along with any statement provided pursuant to subsection 241(1).

Renvoi à un arbitre

242 (1) Sur réception du rapport visé au paragraphe 241(3), le ministre peut désigner en qualité d'arbitre la personne qu'il juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire et lui transmettre la plainte ainsi que l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement.

Powers of adjudicator

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

Pouvoirs de l'arbitre

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre :

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Industrial Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

Decision of adjudicator

(3) Subject to subsection (3.1), an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall

(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and

(b) send a copy of the decision with the reasons therefor to each party to the complaint and to the Minister.

Limitation on complaints

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

Where unjust dismissal

(4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations industrielles par les alinéas 16a), b) et c).

Décision de l'arbitre

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre :

a) décide si le congédiement était injuste;

b) transmet une copie de sa décision, motifs à l'appui, à chaque partie ainsi qu'au ministre.

Restriction

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

Cas de congédiement injuste

(4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur :

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

Decisions not to be reviewed by court

243 (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

No review by *certiorari*, etc.

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.

Enforcement of orders

244 (1) Any person affected by an order of an adjudicator under subsection 242(4), or the Minister on the request of any such person, may, after fourteen days from the date on which the order is made, or from the date provided in it for compliance, whichever is the later date, file in the Federal Court a copy of the order, exclusive of the reasons therefor.

Idem

(2) On filing in the Federal Court under subsection (1), an order of an adjudicator shall be registered in the Court and, when registered, has the same force and effect, and all proceedings may be taken thereon, as if the order were a judgment obtained in that Court.

Regulations

245 The Governor in Council may make regulations for the purposes of this Division defining the absences from employment that shall be deemed not to have interrupted continuity of employment.

Civil remedy

246 (1) No civil remedy of an employee against his employer is suspended or affected by sections 240 to 245.

Application of section 189

(2) Section 189 applies for the purposes of this Division.

Appeal allowed with costs throughout, MOLDAVER, CÔTÉ *and* BROWN JJ. *dissenting.*

Caractère définitif des décisions

243 (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

Interdiction de recours extraordinaires

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire — notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto* — visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.

Exécution des ordonnances

244 (1) La personne intéressée par l'ordonnance d'un arbitre visée au paragraphe 242(4), ou le ministre, sur demande de celle-ci, peut, après l'expiration d'un délai de quatorze jours suivant la date de l'ordonnance ou la date d'exécution qui y est fixée, si celle-ci est postérieure, déposer à la Cour fédérale une copie du dispositif de l'ordonnance.

Enregistrement

(2) Dès le dépôt de l'ordonnance de l'arbitre, la Cour fédérale procède à l'enregistrement de celle-ci; l'enregistrement confère à l'ordonnance valeur de jugement de ce tribunal et, dès lors, toutes les procédures d'exécution applicables à un tel jugement peuvent être engagées à son égard.

Règlements

245 Le gouverneur en conseil peut, par règlement, préciser, pour l'application de la présente section, les cas d'absence qui n'ont pas pour effet d'interrompre le service chez l'employeur.

Recours

246 (1) Les articles 240 à 245 n'ont pas pour effet de suspendre ou de modifier le recours civil que l'employé peut exercer contre son employeur.

Application de l'art. 189

(2) L'article 189 s'applique dans le cadre de la présente section.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges MOLDAVER, CÔTÉ *et* BROWN *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant: LeNoury Law, Toronto; Avi Sirlin, Toronto; Reagan Ruslim, Toronto.

Solicitors for the respondent: Fogler, Rubinoff, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association for Non-Organized Employees: Ball Professional Corporation, Toronto.

Solicitors for the interveners the Federally Regulated Employers — Transportation and Communications and the Canadian Association of Counsel to Employers: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs de l'appelant : LeNoury Law, Toronto; Avi Sirlin, Toronto; Reagan Ruslim, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Fogler, Rubinoff, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association for Non-Organized Employees : Ball Professional Corporation, Toronto.

Procureurs des intervenants les Employeurs des transports et communications de régie fédérale et l'Association canadienne des avocats d'employeurs : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca