

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

44-21-CA

NANCY KELLY

NANCY KELLY

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Kelly v. R., 2022 NBCA 46

Kelly c. R., 2022 NBCA 46

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Provincial Court:
February 26, 2021 (conviction)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 26 février 2021 (déclaration de culpabilité)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
June 22, 2022

Appel entendu :
le 22 juin 2022

Judgment rendered:
August 25, 2022

Jugement rendu :
le 25 août 2022

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Charles M. Bryant

Pour l'appelante :
Charles M. Bryant

For the respondent:
Joanne Park and Patrick McGuinty

Pour l'intimée :
Joanne Park et Patrick McGuinty

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed.

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] In *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, the Supreme Court set out a new framework for applying s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when determining whether an accused person has been tried within a reasonable time. Moldaver J., writing for the majority, reframed the analysis:

[...] 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, with a view to fulfilling s. 11(b)'s important objectives. [para. 5]

[2] Moldaver J. went on to recognize there may be exceptional circumstances:

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.

[para. 68]

[3] On February 14, 2018, Nancy Kelly was charged with committing fraud over \$5,000 (s. 380(1) of the *Criminal Code*) and theft over \$5,000 (s. 334). The trial proceeded in Provincial Court, where the presumptive ceiling is 18 months from the date the Information is laid to the conclusion of the trial.

[4] As a result of the prolonged illness of the lead investigator and court closures due to the COVID-19 pandemic, the trial concluded on January 29, 2021, above the 18-month ceiling. However, in a decision dated December 23, 2019, the Provincial Court judge declined to undertake a s. 11(b) calculation, noted the delay exceeded the presumptive ceiling and stated:

[...] in a case of this magnitude, if the number of documents alluded to by counsel, the main investigator, of course, is pretty much required and his illness is not something that could've been foreseen nor can it be attributed in any way, shape or form to any crown conduct.

[Transcript, December 23, 2019, p. 2, l. 13]

[5] Unlike most *Jordan* appeals before us, this case is not concerned with the calculation of the delay. There is no doubt the presumptive ceiling was exceeded. The issues before us in this appeal are: what constitutes exceptional circumstances outside the Crown's control; and, whether the judge applied the proper principles in his determination that the Crown rebutted the presumption by showing the delay was reasonable because of exceptional circumstances (the lead investigator's prolonged illness). In my view, there was no error in the judge's determination of those issues.

II. Facts

[6] On February 14, 2018, a two-count information alleging Ms. Kelly had committed the indictable offences mentioned above was laid.

[7] On February 26, 2021, following a trial, Ms. Kelly was found guilty of both counts. Applying the *Kienapple* principle (*Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729) conviction was entered against count one (fraud) and count two (theft) was judicially stayed.

A. *Procedural timeline*

[8] At her first appearance on March 21, 2018, Ms. Kelly requested the matter

be set over, without election, to the next plea date to review disclosure.

[9] On April 25, 2018, Ms. Kelly elected the jurisdiction of the Provincial Court. Due to uncertainty over the length of the trial, the court set the matter to a date to be assigned.

[10] On May 25, 2018, Crown counsel advised the court that four days would be required for trial, and the dates of February 25-28, 2019, were set. November 13, 2018, was set for a pre-trial conference.

[11] At the pre-trial conference, neither party was aware of any issues that would delay the trial; the matter simply required “a painstaking review of the finances.”

[12] On December 21, 2018, Ms. Kelly requested an adjournment of the trial. Her counsel acknowledged on the record that the delay from the previous trial dates of February 25-28, 2019, to the new trial dates of June 10-13, 2019, was attributable to Ms. Kelly.

[13] The turning point arrived on June 4, 2019, when Crown counsel requested an adjournment of the trial because its lead investigator was on medical leave. The request was granted, the trial dates of June 10-13, 2019, were released, and new trial dates of September 24-27, 2019, were given. This was the first indication that the lead investigator was ill.

[14] On September 20, 2019, Crown counsel requested another adjournment. This request, like the previous request, was required because the Crown’s lead investigator was on medical leave. Ms. Kelly objected to the adjournment, citing delay concerns. The Crown’s request was granted, the trial dates of September 24-27, 2019, were released, and the court set the matter over to October 3, 2019, in order to set new trial dates.

[15] On October 3, 2019, Crown counsel updated the court on the officer’s

availability and requested new trial dates be set in May of 2020, assuring the court that the Crown would “live with the consequences” if the officer remained unavailable. The trial judge cautioned the Crown that further delay would not be tolerated. Counsel for Ms. Kelly advised that a s. 11(b) *Charter* application was forthcoming. The trial dates were set for May 5-8, 2020.

[16] On November 22, 2019, a hearing was held to consider Ms. Kelly’s s. 11(b) *Charter* application. Counsel for Ms. Kelly argued that the trial dates of May 5-8, 2020, were approximately 27 months beyond the laying of the Information and that Ms. Kelly was responsible for approximately five months of delay, which left 22 months of systemic and Crown delays.

[17] Crown counsel submitted the defence should be responsible for greater delay resulting from its adjournment of December 21, 2018. Crown counsel further submitted that, even if the defence was responsible for only five months, the Crown should be allowed to proceed beyond the 18-month presumptive ceiling due to the exceptional circumstances of the investigator’s medical leave. Crown counsel maintained it was not possible to proceed without the officer as he was a fundamental component of the prosecution. Crown counsel told the trial judge that, if it were not able to proceed in May, the Crown “would probably have a motion” to withdraw the charges. The court reserved its decision on the application to December 23, 2019.

[18] On December 23, 2019, the trial judge delivered his decision on the s. 11(b) *Charter* application. He declined to delve into the *Jordan* calculation, but noted the matter did exceed the presumptive ceiling. He found “in a case of this magnitude, [with] the number of documents alluded to by counsel, the main investigator is pretty much required and his illness is not something that could’ve been foreseen nor can it be attributed in any way, shape, or form to any Crown conduct.” As a result, the judge determined the extended medical leave of the lead investigator constituted “sufficiently exceptional circumstances to allow the Crown to proceed outside the 18-month presumptive ceiling.” The trial judge further noted that this matter sat on “the outer edge,” that the Crown will “have a hard decision to make in May” such as, if the matter

could proceed or not.

[19] On May 5, 2020, the matter was adjourned due to a directive of the Chief Judge of the Provincial Court of New Brunswick requiring all trials for out-of-custody individuals to be adjourned. New trial dates of September 1-4, 2020, were set.

[20] On July 6, 2020, the matter was adjourned, and the issue of delay was adjourned *sine die*.

[21] On August 28, 2020, counsel for Ms. Kelly requested an adjournment due to a scheduling conflict. Crown counsel advised the court that its lead investigator did not intend to attend court to testify as required despite being summoned. The trial judge ruled the trial would commence on September 1, 2020.

[22] On September 1, 2020, the trial commenced and, as a preliminary matter, counsel for Ms. Kelly made a motion to “revive the delay application” on the basis that the continued nonattendance by the lead investigator presented the same issues that had resulted in two prior delays. The Crown submitted it was prepared to proceed in the officer's absence and that he was not required for the admission of the necessary evidence. The trial judge determined that the delay motion was premature, but that he would take it under advisement. The trial judge further directed, “at the end of the [day] today I’m going to see where we end up and Mr. Bryant your motion is understood now and we’ll see where we are once the Crown evidence is in.”

[23] On September 3, 2020, the Crown advised that the lead investigator was in New Brunswick and the release of the trial judge’s unendorsed warrant was not required. There was a discussion about the fact that the officer would not be permitted entry into the courthouse until he observed the 14-day quarantine required at the time. Counsel for Ms. Kelly acknowledged that, despite the standing delay application, the delay for that 14-day period was attributable to the pandemic, not systemic or Crown delay because of COVID-19. Crown counsel advised the court that the lead investigator was only mandatory in the sense that he had an original affidavit in his file required for the

admission of Ms. Kelly's banking records.

[24] On September 17, 2020, counsel for Ms. Kelly asked to adjourn the trial until October 13, 2020, due a death in Ms. Kelly's family.

[25] On October 8, 2020, counsel for Ms. Kelly requested an adjournment due to Ms. Kelly's illness. The trial was scheduled for December 1, 2020, for a full day.

[26] On December 1, 2020, the Crown sought an adjournment on the basis that its counsel was in a judge and jury trial in the Court of Queen's Bench. The matter was set over to December 22, 2020, for trial continuation.

[27] On December 22, 2020, Crown counsel was unable to complete its cross-examination of Ms. Kelly. The matter was set over to January 11, 2021.

[28] On January 11, 2021, counsel for Ms. Kelly concluded its evidence, and the Crown sought to recall a witness. The matter was set over to January 13, 2021.

[29] On January 13, 2021, the parties and the court discussed narrowing the issues; the court acknowledged the delay issue. The matter was set over to January 29, 2021, for closing argument.

[30] On January 29, 2021, the Crown and counsel for Ms. Kelly presented closing arguments. The matter was set over to February 26, 2021, for the trial judge's decision.

[31] On February 26, 2021, the trial judge rendered his decision convicting Ms. Kelly of both counts on the Information. Count two was judicially stayed by operation of the *Kienapple* principle. April 15, 2021, was set for sentencing.

[32] At the sentencing hearing, counsel for Ms. Kelly raised the issue of the delay which had pervaded this matter. The trial judge was asked to reconsider his prior

delay ruling with the knowledge that, with the benefit of hindsight, the lead investigator had not been necessary to the Crown's case. The Crown argued that the delay issue had been determined, the issue was moot, and the court was *functus*. The trial judge stated that the Crown reconfigured its case to adjust for the investigator's absence and found that the Crown "mitigated the delay by his absence." The trial judge ruled:

[W]hile he may not have been fundamental to securing the prosecution, I'm not prepared to revisit the issue of delay on the Crown's position, that was put forward back when the motion was argued. I mean it's unassailable, I'm not going to second guess any decision I made at that point. He was chief – main investigating officer, it's totally reasonable and understandable for the Crown to require him to be here, whether to give evidence, or to assist in the prosecution of the case, and to proceed without him didn't make a lot of sense, given that he had a [*bona fide*] medical condition, and ultimately we – we ruled on it. I'm not prepared to reconsider it. I appreciate it's been some time but that's frustrated me about, at least as much as both counsels. So we'll proceed to sentencing today.

[Transcript, April 15, 2021, pp. 5-6, ll. 16-7]

B. *Jordan calculation*

[33] The Crown conceded that the period from the date the Information was laid on February 14, 2018, to the first trial date of February 25-28, 2019 – a total of approximately 12 months and 11 days – was properly considered under the *Jordan* timeframe (delay to be included in calculation).

[34] The subsequent delay was due to a defence adjournment of the trial dates from February 25, 2019, to June 10-13, 2019, approximately 3 months and 15 days (delay to be excluded from calculation).

[35] The trial was again adjourned from June 10, 2019, to September 24-27, 2019, and then again on May 5-8, 2020, a total of approximately 10 months and 25 days. The adjournment was due to the lead investigator being on medical leave for post-traumatic stress disorder. A medical letter indicated that he would be available to testify

in May 2020 (delay to be excluded from calculation).

[36] On November 22, 2019, during submissions for the *Jordan* application, the Crown outlined the importance of the lead investigator:

If the – the Court will take note of the two – two-inch binders of documents which were collated, collected exclusively by the lead investigator. He, Constable Levac, was the only substantial investigator, took all witness statements, proceeded with the – the production orders, and met with witnesses, met with the one expert witness which – the Crown has given notice to call which is a CPA to – to discuss the ins and outs of the financial records of this business. [Transcript, November 22, 2019, p. 6, ll. 11-20]

[37] As stated earlier, the trial judge found that the lead investigator's illness was an exceptional circumstance:

Without getting into an analysis of the reasons for delay raised by the Crown, I guess my position is, having a view of *Jordan*, does allow for exceptional circumstances and my position is, in a case of this magnitude, if the number of documents alluded to by counsel, the main investigator, of course, is pretty much required and his illness is not something that could've been foreseen nor can it be attributed in any way, shape or form to any crown conduct. [Transcript, December 23, 2019, p. 10, ll. 10-19]

[38] The trial dates of May 5-8, 2020, were adjourned to September 1-4, 2020, due to the COVID-19 pandemic. The Chief Judge of the Provincial Court ordered that all trials involving individuals who were not in custody be adjourned in accordance with provincial mandates – a total delay of approximately three months and 28 days (delay to be excluded from calculation).

[39] On September 1, 2020, Ms. Kelly attempted to revive her *Jordan* application, citing the potential indefinite delay caused by the lead investigator's continued absence – this time because he had retired from the RCMP, moved away from New Brunswick and did not intend to attend the trial despite receiving a summons to

appear. To mitigate against further delays, the Crown proposed starting with the available witnesses and made a comment regarding finding an alternate means to admit the financial documents – one of Constable Levac’s main purposes as a witness.

[40] In response, counsel for Ms. Kelly stated:

I appreciate there are – that there are some statutory evidentiary short cuts that we can take to get the factual evidence before the Court. My difficulty is that this is the lead investigating officer who’s been charged with collecting the grounds for the arrest. This officer has to testify to the framework of essentially the entire prosecution. I’m not sure how we get – we get that evidence to sort of hang these pieces on so to speak, without Constable Levac present. And certainly, again, I’m leary of proceeding in – in the face of the unknown where even if we know where he is, we don’t know when he’s going to get here. This is an essential witness for which the Court has granted at least two adjournments for his non-attendance under exceptional circumstances and at the last time being – the last kick at the can so to speak.

[Transcript, September 1, 2020, pp. 5-6, ll. 16-8]

[41] Counsel did not make this statement to indicate agreement with the necessity of waiting for the investigator, but rather to shore up his delay argument showing that the matter should be stayed as unavailability of the witness resulted in unreasonable delay. In dismissing the renewed *Jordan* motion, the trial judge explained that he would not allow further delay to be caused by the lead investigator:

I mean, we can – I’ll get him here. There’s no question that – there’s no way on God’s green earth that this officer is not going to appear here in Court. And if we have a quarantine problem he can quarantine at the Regional Correctional Centre for all I care. We don’t know what the delay is going to be at this stage in the game so I think your Motion is premature. I mean – unless you tell me – I mean, he will testify at some point. But the delay is sort of out there in the – an anticipatory delay of some kind. Here I appreciate it frustrates the process but I can do everything in my power to keep the delay as short as possible.

[Transcript, September 1, 2020, p. 7, ll. 4-15]

[42] The trial judge ended the day by issuing a bench warrant for the investigator's arrest to ensure his attendance forthwith.

[43] On September 2 and 3, 2020, further evidence was called – a total trial time of three days (delay to be included in calculation). On September 3, 2020, the Crown advised the lead investigator was in the jurisdiction but was required to quarantine for 14 days because of the COVID-19 mandate. The Crown submitted that some of his evidence could be admitted through affidavit evidence and, for the remainder, the investigator could testify by video conferencing to avoid yet another adjournment. Due to logistical issues, all the parties eventually agreed that he could not testify by video. Counsel for Ms. Kelly conceded that the quarantine adjournment, as with the pandemic adjournment as a whole, fell under the exceptional circumstance's exception – a total of 14 days to September 17, 2020 (delay to be excluded from calculation).

[44] On September 17, 2020, counsel for Ms. Kelly sought an adjournment due a death in Ms. Kelly's family. The trial was adjourned to October 13, 2020. Counsel for Ms. Kelly sought a further adjournment due to Ms. Kelly's illness. The trial was adjourned to December 1, 2020 – a total of approximately two months' and 14 days' defence delay (delay to be excluded from calculation).

[45] On December 1, 2020, the Crown requested an adjournment because Crown counsel was in the midst of a judge and jury trial in the Court of Queen's Bench. The trial was adjourned to December 22, 2020 – a total of 21 days' Crown delay (delay to be included in calculation).

[46] The trial continued until January 29, 2021, during which time the lead investigator testified. The trial judge reserved his decision until February 25, 2021 – a total of one month and seven days (delay to be included in calculation).

[47] If the delay caused by his medial leave was properly exempted, in its entirety, from the calculation, the total period in play for the purposes of the *Jordan* analysis is 14 months and 12 days. In that case the *Jordan* ceiling is not breached.

III. Grounds of Appeal

[48] Ms. Kelly submits the trial judge erred in dismissing her s. 11(b) *Charter* application on the basis that the lead investigator's prolonged illness was outside the Crown's control and therefore amounted to exceptional circumstances to be deducted from the calculation.

IV. Standard of Review

[49] In *Lecompte v. R.*, 2018 NBCA 33, [2018] N.B.J. No. 130 (QL), para. 11, this Court held the standard of review to be applied in determining *Jordan* applications is correctness.

[50] Recent decisions from the Court of Appeal for British Columbia also discuss the standard of review in s. 11(b) delay appeals. In *R. v. Christhurajah*, 2019 BCCA 210, [2019] B.C.J. No. 1113 (QL), the Court wrote:

Mr. Christhurajah relies on *R. v. Vassell*, 2016 SCC 26, as authority for a correctness standard of review. In *Vassell*, Justice Moldaver, writing for the Court, allowed the appeal "for reasons that largely accord with" the reasons of the dissenting judge at the Alberta Court of Appeal, Justice O'Ferrall. At para. 38 of his reasons, indexed as 2015 ABCA 409, O'Ferrall J.A. discussed the standard of review of appeals against s. 11(b) decisions:

[38] I agree with my colleagues that in an application under section 11(b) of the *Charter*, characterizing the periods of delay invokes the standard of correctness, as does the overall assessment of whether the period of delay is reasonable [...]

[para. 110]

[51] In *R. v. K.N.*, 2018 BCCA 246, [2018] B.C.J. No. 1161 (QL), the Court of Appeal for British Columbia explained the standard of review in delay cases as follows:

The Crown's appeal is brought under s. 676(1)(c) of the *Criminal Code*. That provision gives the Crown the right to appeal an order staying proceedings on an indictment or quashing an indictment. The decision of a judge to impose a judicial stay for unreasonable delay involves a question of law subject to a correctness standard of review: *R. v. Widdifield*, 2014 BCCA 170 at para. 76, citing *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659 at 1676. The characterization and allocation of various periods of delay is also reviewable on a correctness standard: *R. v. Horner*, 2012 BCCA 7 at para. 70. The underlying findings of fact, however, are reviewed on a standard of palpable and overriding error: *Horner* at para. 70; *R. v. Schertzer*, 2009 ONCA 742 at para. 71, leave to appeal ref'd [2010] SCCA No. 3. [para. 13]

V. Analysis

A. *Did the trial judge err in determining that the lead investigator's medical leave was an exceptional circumstance?*

[52] The Supreme Court has held that determining whether circumstances are "exceptional" will depend on the trial judge's good sense and experience. While the list is not exhaustive, generally they would fall under either discrete events and/or particularly complex cases (*Jordan*, para. 71). The Court specified that medical or family emergencies of important witnesses or other justice participants would generally qualify as a discrete event (*Jordan*, para. 72).

[53] While not the focus in this appeal, it is worth noting that exceptional circumstances also cover cases that are particularly complex. Complex cases have been defined in *Jordan* as:

[...] 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 [...]

[Emphasis in original; para. 77]

[54] In *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, the Supreme Court explained the complexity assessment was qualitative, not quantitative:

[...] Complexity is an exceptional circumstance only where the case as a whole is particularly complex. Complexity cannot be used to deduct specific periods of delay. Instead, once any applicable quantitative deductions are made, and where the net delay still exceeds the presumptive ceiling, the case's complexity as a whole may be relied upon to justify the time that the case has taken and rebut the presumption that the delay was unreasonable (*Jordan*, at para. 80). A particularly complex case is one that "because of the nature of the evidence or the nature of the issues, require[s] an inordinate amount of trial or preparation time" (*Jordan*, at para. 77 (emphasis deleted)). When determining whether a case's complexity is sufficient to justify its length, trial judges should consider whether the net delay is reasonable in view of the case's overall complexity. This is a determination that falls well within the expertise of a trial judge (*Jordan*, at para. 79). [para. 64]

[55] In this case, the trial judge determined that, with "a case of this magnitude," involving banking records and numerous documents, the lead investigator was an essential witness at trial. While not directly viewed in the manner contemplated by the Supreme Court, the complexity of the case was considered qualitatively in assessing the overall importance of the witness and the need to have him present at trial.

[56] In determining that the investigator's medical leave was an exceptional circumstance, the trial judge also decided the officer's absence could not have been foreseen or attributed in any way to Crown conduct. This conclusion was correct. To hold the Crown accountable for unforeseen circumstances such as a severe illness of an essential witness would be contrary to *Jordan*.

[57] Further, the Court provided trial dates as soon as the investigator was available to testify – May 2020. Although dates were set for the earliest possible opportunity, COVID-19 derailed the trial yet again in May 2020. COVID-19 was an unforeseen, unrelated exceptional circumstance.

[58] It is important to note Ms. Kelly conceded that the investigating officer's medical leave was an exceptional circumstance as contemplated in *Jordan* – the only issue was what portion of the delay caused by his absence should be excluded from the *Jordan* calculation.

[59] It is the Crown's submission that all of the delay (approximately 10 months and 25 days) should be excluded because this delay falls squarely within the Supreme Court's definition of an exceptional circumstance. I agree the medical leave was an exceptional circumstance. The next step is to determine if the delay it caused could have been mitigated.

B. *Was the delay properly mitigated?*

[60] In *Jordan*, the Court warned that, even with discrete exceptional circumstances, the Crown, and the courts, must always be prepared to mitigate the delay and prioritize cases that have been delayed due to unforeseen events. Any portion of the delay that could have reasonably been mitigated and was not, cannot be subtracted from the *Jordan* calculation (*Jordan*, para. 75).

[61] In *Cody*, the Supreme Court provided an analysis of the Crown's responsibility in mitigating against unforeseen circumstances. In that case, it had to do with *McNeil* disclosure (*R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66) that arose on the eve of a *Charter* application where the officer's credibility was at issue:

We agree with the Crown that the emergence of this new disclosure obligation qualified as a discrete event, and would deduct a portion of the delay that followed. It was reasonably unavoidable and unforeseeable, and the Crown acted responsibly in making prompt disclosure, following

up as the matter proceeded, and seeking the next earliest available dates. The Crown may have been able to take additional steps, such as disavowing any reliance on the officer's evidence or tendering it through an agreed statement of facts. However, the requirement is that of reasonableness: the Crown need not exhaust every conceivable option for redressing the event in question to satisfy the reasonable diligence requirement.

[Emphasis added; para 54]

[62] Further, the Court reiterated the test for mitigation is one of reasonableness. It did not impose a standard of perfection on the Crown. Mistakes are an inevitable reality of a human justice system and can lead to exceptional and reasonably unavoidable delay (*Cody*, para. 58).

[63] Courts have long recognized and protected the need for Crown discretion in the trial process. Referring to the imposition of a requirement for the Crown to call certain witnesses, L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, [1997] S.C.J. No. 22 (QL), wrote:

[...] It is immediately apparent that such a duty, if it were to be established, would have a major impact upon the Crown's ability to conduct its own case. It would be a clear interference with the broad discretionary powers which are said to be within the purview of the Crown attorney, and which are at the very heart of the adversarial process. As a general principle, we have recognized that for our system of criminal justice to function well, the Crown must possess a fair deal of discretion. Moreover, this discretion extends to all aspects of the criminal justice system [...]

[para. 19]

See also *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, para. 16.

[64] Specifically, decisions regarding how to present cases against an accused are to be left to the Crown's discretion absent evidence that this discretion is being abused (*Cook*, para. 55).

[65] Ms. Kelly submits that, although it was faced with the continued absence of the lead investigator, the Crown was able to reconfigure its case in September 2020. It proceeded without his assistance to prepare for trial or his evidence to establish the essential elements of the offence, something the Crown could have done in September 2019 when it was first made known that Cst. Levac was on medical leave. I would say hindsight is 20/20.

[66] First, it is inconsistent for Ms. Kelly's counsel to submit the Crown should have proceeded without the investigator when, as of September 2020, he strenuously argued that the investigator was an essential witness and the trial could not proceed without him in order to bolster a request for the second *Jordan* application.

[67] Second, Ms. Kelly's submission is misleading. At no point did the Crown indicate that it could proceed without the lead investigator and, in fact, great efforts were made to ensure his attendance. Further trial dates were set solely to allow him to testify, and those trial dates were scheduled in an attempt to minimize delay. The trial judge himself made clear that no further delays would be caused by the investigator's absence and that the investigator would be compelled to attend court even if a warrant of arrest had to be issued.

[68] Finally, as the jurisprudence indicates, the Crown is afforded wide discretion in how it conducts its case. To suggest that the Crown should have reconfigured its case due to the investigator's unforeseen illness, proceed without an essential witness, and potentially risk failing to meet its burden of proof, impedes the Crown's discretion.

[69] While the Crown was able to adjust certain aspects of its case because of the investigator's initial absence, it was not required to do so. As the Supreme Court has stated, "the Crown need not exhaust every conceivable option for redressing the event in question to satisfy the reasonable diligence requirement" (*Cody*, para. 54). The Crown's willingness to accommodate despite potential prejudice to its case is an example of how it made reasonable attempts to mitigate the delay.

[70] There is no doubt that the Crown's wish to have the lead investigator assist with preparation and testify at trial was reasonable. While the Crown was ultimately forced to commence the trial without his assistance and tender documents without him, he was still essential. His testimony was eventually heard and considered by the Court.

[71] In the present circumstances, it is apparent that both the Crown and the trial judge made every reasonable effort to mitigate against the delay caused by the investigator's illness. In my view, consistent with the Supreme Court jurisprudence, the delay caused by his medical leave should be exempt in its entirety from the *Jordan* calculation, making the total period in play 14 months and 12 days. When the delay is properly calculated at 14 months and 12 days, it is clear the *Jordan* ceiling was not breached, and the appeal should be dismissed.

VI. Conclusion

[72] For these reasons, I would dismiss the appeal.

LA JUGE QUIGG

II. Introduction

[1] Dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, la Cour suprême a établi un nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'il s'agit de déterminer si un accusé a été jugé dans un délai raisonnable. Le juge Moldaver, écrivant au nom de la majorité des juges, a reformulé l'analyse ainsi :

[...] 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 l'al. 11b) 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. 11b).
[par. 5]

[2] Le juge Moldaver a ensuite reconnu qu'il peut y avoir des circonstances exceptionnelles :

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.

[par. 68]

[3] Le 14 février 2018, Nancy Kelly a été accusée d'avoir commis une fraude dont la valeur dépasse cinq mille dollars (par. 380(1) du *Code criminel*) et un vol de biens dont la valeur dépasse cinq mille dollars (art. 334). Le procès a eu lieu en Cour provinciale, où le plafond présumé est de 18 mois à compter de la date du dépôt de la dénonciation jusqu'à la fin du procès.

[4] Par suite de la maladie prolongée de l'enquêteur principal et de la fermeture des tribunaux en raison de la pandémie de la COVID-19, le procès a pris fin le 29 janvier 2021, soit au-delà du plafond de 18 mois. Cependant, dans une décision datée du 23 décembre 2019, le juge de la Cour provinciale a refusé d'entreprendre un calcul pour l'application de l'al. 11b), a pris acte du fait que le délai dépassait le plafond présumé et a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] dans une affaire de cette envergure, [compte tenu] du nombre de documents mentionnés par les avocats, du fait que la présence de l'enquêteur principal est quasi nécessaire et que sa maladie n'est pas quelque chose que l'on aurait pu prévoir, et l'on ne peut non plus l'attribuer de quelque manière à une quelconque conduite de la part du ministère public.

[Transcription, le 23 décembre 2019, p. 2, l. 13]

[5] Contrairement à la plupart des appels fondés sur l'arrêt *Jordan* dont nous sommes saisis, l'affaire qui nous occupe ne concerne pas le calcul du délai. Il ne fait aucun doute que le plafond présumé a été dépassé. La seule question que nous devons trancher dans le cadre du présent appel est double : en quoi consistent des circonstances exceptionnelles indépendantes de la volonté du ministère public, et le juge a-t-il appliqué les bons principes lorsqu'il a conclu que le ministère public avait réfuté la présomption en démontrant que le délai était raisonnable en raison de circonstances exceptionnelles (la maladie prolongée de l'enquêteur principal)? À mon avis, le juge n'a commis aucune erreur lorsqu'il a tranché ces questions.

II. Faits

[6] Le 14 février 2018, une dénonciation comprenant deux chefs d'accusation portant que M^{me} Kelly avait commis les actes criminels mentionnés ci-dessus a été déposée.

[7] Le 26 février 2021, à l'issue d'un procès, M^{me} Kelly a été déclarée coupable des deux chefs d'accusation. Par suite de l'application du principe établi dans l'arrêt *Kienapple (Kienapple c. La Reine)*, [1975] 1 R.C.S. 729), une déclaration de culpabilité a été prononcée à l'égard du premier chef d'accusation (fraude), et le tribunal a prononcé l'arrêt de procédure à l'égard du deuxième chef d'accusation (vol).

A. *Chronologie de l'instance*

[8] Lors de sa première comparution, le 21 mars 2018, M^{me} Kelly a demandé que l'affaire soit mise au rôle à la prochaine date prévue pour les plaidoyers pour lui permettre d'examiner les documents communiqués, sans que soit exercé le choix [du mode de procès].

[9] Le 25 avril 2018, M^{me} Kelly a choisi d'être jugée devant la Cour provinciale. En raison de l'incertitude concernant la durée du procès, le tribunal a mis l'affaire au rôle à une date à déterminer.

[10] Le 25 mai 2018, l'avocat du ministère public a avisé la Cour qu'il faudrait prévoir quatre jours pour le procès, et les dates du 25 au 28 février 2019 ont été fixées. La date du 13 novembre 2018 a été fixée pour la tenue d'une conférence préalable au procès.

[11] À la conférence préalable au procès, aucune des parties n'était consciente de problèmes qui retarderaient le procès; il fallait tout simplement [TRADUCTION] « un examen minutieux des finances ».

- [12] Le 21 décembre 2018, M^{me} Kelly a demandé que le procès soit ajourné. Son avocat a reconnu au dossier que le report des dates de procès antérieures, soit du 25 au 28 février 2019, aux nouvelles dates de procès, soit du 10 au 13 juin 2019, était attribuable à M^{me} Kelly.
- [13] Le tournant est survenu le 4 juin 2019, lorsque l'avocat du ministère public a demandé que le procès soit ajourné en raison de l'arrêt de travail pour cause de maladie de l'enquêteur principal. La demande a été accueillie, les dates de procès du 10 au 13 juin 2019 ont été libérées, et de nouvelles dates de procès, soit du 24 au 27 septembre 2019, ont été attribuées. Il s'agissait de la première indication que l'enquêteur principal était malade.
- [14] Le 20 septembre 2019, l'avocat du ministère public a demandé un nouvel ajournement. Cette demande, comme la précédente, était nécessaire en raison de l'arrêt de travail de l'enquêteur principal du ministère public. M^{me} Kelly a soulevé une objection à l'ajournement, invoquant des préoccupations concernant le délai. La demande du ministère public a été accueillie, les dates de procès du 24 au 27 septembre 2019 ont été libérées, et la Cour a mis l'affaire au rôle du 3 octobre 2019, afin de fixer de nouvelles dates de procès.
- [15] Le 3 octobre 2019, l'avocat du ministère public a avisé la Cour de la disponibilité de l'agent et a demandé que de nouvelles dates de procès soient fixées en mai 2020, assurant à la Cour que le ministère public [TRADUCTION] « vivrait avec les conséquences » si l'agent n'était toujours pas disponible. Le juge du procès a averti le ministère public que de nouveaux retards ne seraient pas tolérés. L'avocat de M^{me} Kelly a fait savoir qu'une demande fondée sur l'al. 11b) de la *Charte* serait bientôt présentée. Les dates de procès ont été fixées du 5 au 8 mai 2020.
- [16] Une audience a eu lieu le 22 novembre 2019 pour examiner la demande de M^{me} Kelly fondée sur l'al. 11b) de la *Charte*. L'avocat de M^{me} Kelly a soutenu que les dates du 5 au 8 mai 2020 fixées pour le procès étaient environ 27 mois après le dépôt de

la dénonciation et qu'environ cinq mois de ce retard étaient attribuables à M^{me} Kelly, laissant 22 mois attribuables aux retards systémiques et au ministère public.

[17] L'avocat du ministère public a soutenu qu'un plus grand retard devrait être imputé à la défense par suite de l'ajournement du 21 décembre 2018. Il a en outre soutenu que, même si la défense n'était responsable que d'un retard de cinq mois, le ministère public devrait être autorisé à dépasser le plafond présumé de 18 mois en raison des circonstances exceptionnelles liées à l'arrêt de travail de l'enquêteur. L'avocat du ministère public a soutenu qu'il n'était pas possible d'aller de l'avant sans l'agent, puisque celui-ci était un élément fondamental de la poursuite. Il a dit au juge du procès que, s'il n'était pas en mesure d'aller de l'avant au mois de mai, le ministère public [TRADUCTION] « présenterait probablement une motion » pour retirer les accusations. La Cour a mis sa décision sur la demande en délibéré jusqu'au 23 décembre 2019.

[18] Le juge du procès a rendu sa décision sur la demande fondée sur l'al. 11b) de la *Charte* le 23 décembre 2019. Il a refusé de s'engager dans un calcul fondé sur l'arrêt *Jordan*, mais a pris acte du fait que l'affaire dépassait effectivement le plafond présumé. Il a conclu que, [TRADUCTION] « dans une affaire de cette envergure, [compte tenu] du nombre de documents mentionnés par les avocats, du fait que la présence de l'enquêteur principal est quasi nécessaire et que sa maladie n'est pas quelque chose que l'on aurait pu prévoir, et l'on ne peut non plus l'attribuer de quelque manière à une quelconque conduite de la part du ministère public ». En conséquence, le juge a conclu que l'arrêt de travail prolongé de l'enquêteur principal constituait [TRADUCTION] « des circonstances suffisamment exceptionnelles pour permettre au ministère public de dépasser le plafond présumé de 18 mois ». Le juge du procès a en outre fait remarquer que l'affaire se situait [TRADUCTION] « à la limite », que le ministère public aurait [TRADUCTION] « une décision difficile à prendre au mois de mai » quant à savoir si l'affaire pouvait aller de l'avant ou non, notamment.

[19] Le 5 mai 2020, l'affaire a été ajournée par suite d'une directive de la juge en chef de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick portant que tous les procès

concernant des personnes en liberté devaient être ajournés. De nouvelles dates de procès ont été fixées, soit du 1^{er} au 4 septembre 2020.

[20] Le 6 juillet 2020, l'affaire a été ajournée et la question relative au délai a été ajournée *sine die*.

[21] Le 28 août 2020, l'avocat de M^{me} Kelly a demandé un ajournement en raison d'un conflit d'horaire. L'avocat du ministère public a avisé la Cour que son enquêteur principal n'avait pas l'intention de se présenter en cour pour témoigner, même s'il avait été assigné à comparaître. Le juge du procès a statué que le procès débiterait le 1^{er} septembre 2020.

[22] Le procès a débuté le 1^{er} septembre 2020 et, comme question préjudicielle, l'avocat de M^{me} Kelly a présenté une motion pour [TRADUCTION] « raviver la demande relative au délai » au motif que le défaut continu de l'enquêteur principal de comparaître présentait les mêmes problèmes qui avaient conduit à deux retards antérieurs. Le ministère public a indiqué qu'il était disposé à aller de l'avant en l'absence de l'agent, et que la présence de ce dernier n'était pas requise pour que la preuve nécessaire soit admise. Le juge du procès a conclu que la motion relative au délai était prématurée, mais a indiqué qu'il prendrait celle-ci en délibéré. Le juge du procès a également indiqué ce qui suit : [TRADUCTION] « [À] la fin de la [journée] aujourd'hui, je vais voir où nous en sommes et, M^e Bryant, vos motions sont comprises maintenant et nous verrons où nous en sommes lorsque le ministère public aura présenté sa preuve. »

[23] Le 3 septembre 2020, le ministère public a fait savoir que l'enquêteur principal était au Nouveau-Brunswick et qu'il n'était pas nécessaire de lancer le mandat non visé du juge du procès. Le fait que l'agent ne serait pas autorisé à entrer au palais de justice avant de s'être conformé à la quarantaine de quatorze jours exigée à l'époque a été discuté. L'avocat de M^{me} Kelly a reconnu que, malgré la demande en suspens relative au délai, le retard associé à cette période de quatorze jours était attribuable à la pandémie et n'était pas un retard systémique ou un retard attribuable au ministère public, mais plutôt à la COVID-19. L'avocat du ministère public a fait savoir à la Cour que la présence de

l'enquêteur principal n'était obligatoire qu'en ce sens qu'il avait dans son dossier un affidavit original qui était nécessaire pour que les dossiers bancaires de M^{me} Kelly soient admis en preuve.

[24] Le 17 septembre 2020, l'avocat de M^{me} Kelly a demandé que le procès soit ajourné jusqu'au 13 octobre 2020, en raison d'un décès survenu dans la famille de M^{me} Kelly.

[25] Le 8 octobre 2020, l'avocat de M^{me} Kelly a demandé un ajournement en raison d'une maladie de M^{me} Kelly. Le procès a été fixé au 1^{er} décembre 2020, pour une pleine journée.

[26] Le 1^{er} décembre 2020, le ministère public a demandé un ajournement au motif que son avocat était engagé dans un procès devant juge et jury en Cour du Banc de la Reine. L'affaire a été reportée au 22 décembre 2020 pour la poursuite du procès.

[27] Le 22 décembre 2020, l'avocat du ministère public n'a pas été en mesure d'achever le contre-interrogatoire de M^{me} Kelly. L'audition de l'affaire a été reportée au 11 janvier 2021.

[28] Le 11 janvier 2021, l'avocat de M^{me} Kelly a terminé la présentation de sa preuve, et le ministère public a demandé le rappel d'un témoin. L'audition de l'affaire a été reportée au 13 janvier 2021.

[29] Le 13 janvier 2021, les parties et la Cour ont discuté de la possibilité de restreindre les questions à trancher; la Cour a reconnu la question relative au délai. L'audition de l'affaire a été reportée au 29 janvier 2021 pour les plaidoiries de clôture.

[30] Le 29 janvier 2021, le ministère public et l'avocat de M^{me} Kelly ont présenté leurs plaidoiries de clôture. L'affaire a été reportée au 26 février 2021 pour la décision du juge du procès.

[31] Le 26 février 2021, le juge du procès a rendu sa décision, par laquelle il déclarait M^{me} Kelly coupable des deux chefs d'accusation inscrits dans la dénonciation. Un arrêt de procédure a été prononcé à l'égard du deuxième chef d'accusation par suite de l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple*. La détermination de la peine a été fixée au 15 avril 2021.

[32] À l'audience de détermination de la peine, l'avocat de M^{me} Kelly a soulevé la question relative au délai qui sévissait dans l'affaire. On a demandé au juge du procès de réexaminer sa décision antérieure concernant le délai, sachant, avec l'avantage du recul, que la présence de l'enquêteur principal n'avait pas été essentielle pour que le ministère public puisse présenter sa preuve. Le ministère public a fait valoir que la question relative au délai avait été tranchée, que la question était théorique et que la Cour s'était acquittée de sa fonction. Le juge du procès a indiqué que le ministère public avait remanié sa cause pour s'adapter à l'absence de l'enquêteur et a conclu que le ministère public [TRADUCTION] « avait atténué le retard causé par son absence ». Il a conclu ainsi :

[TRADUCTION]

[B]ien qu'il soit possible que sa présence ne fût pas essentielle pour assurer la poursuite de l'affaire, je ne suis pas disposé à réexaminer la question relative au délai sur le fondement de la position prise par le ministère public, position qui a été mise de l'avant au moment où la motion a été débattue. Je veux dire qu'elle est inattaquable; je ne vais pas remettre en question une décision que j'ai prise à ce moment-là. Il était le principal – l'enquêteur principal; il est tout à fait raisonnable et compréhensible pour le ministère public d'exiger sa présence en cour, que ce soit pour témoigner ou pour aider à la poursuite de l'affaire; aller de l'avant en son absence n'avait pas beaucoup de sens, étant donné qu'il avait un [véritable] problème de santé, et finalement, nous – nous avons tranché cette question. Je ne suis pas disposé à réexaminer cette décision. Je reconnais que cela fait déjà un certain temps, mais cette situation m'a contrarié au moins autant qu'elle a contrarié les deux avocats. Nous irons donc de l'avant avec la détermination de la peine aujourd'hui.

[Transcription, le 15 avril 2021, p. 5 et 6, 1. 16-7]

B. *Calcul effectué selon l'arrêt Jordan*

[33] Le ministère public a reconnu que la période entre la date du dépôt de la dénonciation, le 14 février 2018, et la première date fixée pour le procès, du 25 au 28 février 2019, un total d'environ 12 mois et 11 jours, a été, à juste titre, incluse dans le délai prévu dans l'arrêt *Jordan* (période à inclure dans le calcul).

[34] Le retard subséquent était attribuable à un ajournement du procès demandé par la défense, la date du procès étant reportée du 25 février 2019 à la période du 10 au 13 juin 2019, soit environ trois mois et 15 jours (période à exclure du calcul).

[35] Le procès a de nouveau été ajourné du 10 juin 2019 à la période du 24 au 27 septembre 2019, et encore à la période du 5 au 8 mai 2020, soit un total d'environ dix mois et 25 jours. Cet ajournement était attribuable à l'arrêt de travail de l'enquêteur principal lié à un trouble de stress post-traumatique. Une lettre médicale indiquait qu'il serait en mesure de témoigner en mai 2020 (période à exclure du calcul).

[36] Le 22 novembre 2019, pendant les arguments concernant la demande fondée sur l'arrêt *Jordan*, le ministère public a décrit l'importance de la présence de l'enquêteur principal :

[TRADUCTION]

Si la – la Cour veut prendre note des deux – des cartables de deux pouces contenant des documents qui ont été rassemblés exclusivement par l'enquêteur principal. Il, le gendarme Levac, était le seul enquêteur important; il a recueilli toutes les déclarations des témoins, s'est occupé des – des ordonnances de production, et a rencontré des témoins, a rencontré un témoin expert qui – le ministère public a donné avis de son intention de l'appeler à témoigner, c'est un CPA, pour – pour discuter des tenants et aboutissants des dossiers financiers de cette entreprise.
[Transcription, le 22 novembre 2019, p. 6, l. 11-20]

[37] Tel que mentionné ci-dessus, le juge du procès a conclu que la maladie de l'enquêteur principal était une circonstance exceptionnelle :

[TRADUCTION]

Sans me lancer dans une analyse des motifs du retard invoqués par le ministère public, je suppose que je suis d'avis que l'arrêt *Jordan* permet effectivement de tenir compte de circonstances exceptionnelles, et je suis d'avis, dans une affaire de cette envergure, [compte tenu] du nombre de documents mentionnés par les avocats, du fait que la présence de l'enquêteur principal est quasi nécessaire et que sa maladie n'est pas quelque chose que l'on aurait pu prévoir, et l'on ne peut non plus l'attribuer de quelque manière à une quelconque conduite de la part du ministère public.

[Transcription, le 23 décembre 2019, p. 10, l. 10-19]

[38] Les dates du 5 au 8 mai 2020 fixées pour le procès ont été reportées à la période du 1^{er} au 4 septembre 2020, en raison de la pandémie de la COVID-19. La juge en chef de la Cour provinciale a ordonné que tous les procès concernant des personnes en liberté soient ajournés conformément aux directives provinciales – un délai total d'environ trois mois et 28 jours (période à exclure du calcul).

[39] Le 1^{er} septembre 2020, M^{me} Kelly a tenté de raviver sa demande fondée sur l'arrêt *Jordan*, invoquant le retard indéterminé qui pourrait être causé par l'absence continue de l'enquêteur principal – cette fois parce qu'il avait pris sa retraite de la GRC, avait quitté le Nouveau-Brunswick et n'avait pas l'intention de participer au procès même s'il avait été assigné à comparaître. Afin d'atténuer le risque de retards additionnels, le ministère public a proposé de commencer par les témoins qui étaient disponibles et a mentionné la possibilité de trouver une solution de rechange pour faire admettre les documents financiers en preuve, un des principaux motifs pour appeler le gendarme Levac à témoigner.

[40] Voici ce qu'a répondu l'avocat de M^{me} Kelly :

[TRADUCTION]

Je comprends qu'il y a – que la loi prévoit un certain nombre de raccourcis qui nous permettent de présenter la preuve factuelle à la Cour. Ce qui me pose un problème, c'est le fait qu'il s'agit de l'enquêteur principal qui a été

mandaté de rassembler les motifs justifiant l'arrestation. Cet agent doit témoigner à l'égard du cadre entourant la quasi-totalité de la poursuite. Je ne suis pas certain comment nous – nous pouvons obtenir cette preuve pour, ainsi dire, y accrocher les divers éléments, sans la présence du gendarme Levac. Et certainement, encore une fois, j'hésite à aller de l'avant – face à l'inconnu, où, même si nous savons où il se trouve, nous ne savons pas quand il se présentera en cour. Il s'agit d'un témoin essentiel à l'égard duquel la Cour a accordé au moins deux ajournements en raison de sa non-comparution dans des circonstances exceptionnelles, la dernière fois étant – la dernière chance pour ainsi dire.

[Transcription, le 1^{er} septembre 2020, p. 5 et 6, 1. 16-8]

[41] L'avocat n'a pas fait cette assertion pour indiquer qu'il était d'accord qu'il fallait attendre que l'enquêteur puisse comparaître, mais plutôt pour consolider son argument concernant le délai qui consistait à établir qu'il devait y avoir arrêt de procédure dans l'affaire étant donné que la non-disponibilité du témoin entraînait un délai déraisonnable. En rejetant la motion fondée sur l'arrêt *Jordan* qui avait été renouvelée, le juge du procès a expliqué qu'il ne permettrait pas que l'enquêteur principal cause de nouveaux retards :

[TRADUCTION]

Je veux dire, nous pouvons – je m'arrangerai pour qu'il compare. Il n'est pas question que – il n'est aucunement question que cet agent ne compare pas ici en cour. Et si nous avons un problème de quarantaine, en ce qui me concerne, il peut bien se mettre en quarantaine au centre correctionnel régional. À ce stade-ci, nous ne savons pas quel sera le retard; j'estime donc que votre motion est prématurée. Je veux dire – à moins que vous me dites – je veux dire, il témoignera à un moment donné. Mais le retard est en quelque sorte là, dans le – une sorte de retard par anticipation. Ici, je comprends que le retard entrave le processus, mais je peux faire tout mon possible pour que le retard soit le plus court possible.

[Transcription, le 1^{er} septembre 2020, p. 7, 1. 4-15]

[42] Le juge du procès a terminé la journée en lançant séance tenante un mandat d'arrestation pour assurer la comparution immédiate de l'agent.

[43] D'autres éléments de preuve ont été présentés les 2 et 3 septembre 2020, ce qui donnait un procès d'une durée totale de trois jours (période à inclure dans le calcul). Le 3 septembre 2020, le ministère public a fait savoir que l'enquêteur principal était dans la province, mais qu'il devait se mettre en quarantaine pendant 14 jours en raison des directives concernant la COVID-19. Le ministère public a indiqué qu'une partie de son témoignage pouvait être présentée sous forme de preuve par affidavit et que, pour le reste, l'enquêteur pouvait témoigner par voie de vidéoconférence, afin d'éviter un nouvel ajournement. En raison de problèmes de logistique, toutes les parties ont finalement convenu qu'il ne pouvait pas témoigner par voie de vidéoconférence. L'avocat de M^{me} Kelly a reconnu que l'ajournement lié à la quarantaine, comme l'ajournement lié à la pandémie dans son ensemble, était couvert par l'exception relative aux « circonstances exceptionnelles », un total de 14 jours jusqu'au 17 septembre 2020 (période à exclure du calcul).

[44] Le 17 septembre 2020, l'avocat de M^{me} Kelly a demandé un ajournement en raison d'un décès survenu dans la famille de celle-ci. Le procès a été reporté au 13 octobre 2020. L'avocat de M^{me} Kelly a demandé un nouvel ajournement en raison d'une maladie de M^{me} Kelly. Le procès a été ajourné au 1^{er} décembre 2020, soit un délai total d'environ deux mois et 14 jours attribuable à la défense (période à exclure du calcul).

[45] Le 1^{er} décembre 2020, le ministère public a demandé un ajournement parce que son avocat était engagé dans un procès devant juge et jury en Cour du Banc de la Reine. Le procès a été ajourné au 22 décembre 2020, soit un délai total de 21 jours attribuable au ministère public (période à inclure dans le calcul).

[46] Le procès a continué jusqu'au 29 janvier 2021, et l'enquêteur principal a témoigné pendant cette période. Le juge du procès a mis sa décision en délibéré jusqu'au 25 février 2021, un total d'un mois et sept jours (période à inclure dans le calcul).

[47] Si la totalité des retards causés par l'arrêt de travail pour cause de maladie de l'agent a été exclue du calcul à juste titre, la période totale qui est en cause pour les

fins de l'analyse fondée sur l'arrêt *Jordan* est de 14 mois et 12 jours. Le plafond fixé par l'arrêt *Jordan* a donc été respecté.

III. Moyens d'appel

[48] M^{me} Kelly prétend que le juge du procès a commis une erreur en rejetant sa demande fondée sur l'al. 11b) de la *Charte* au motif que la maladie prolongée de l'enquêteur principal était indépendante de la volonté du ministère public et constituait alors une « circonstance exceptionnelle » à exclure du calcul.

IV. Norme de contrôle

[49] Dans *Lecompte c. R.*, 2018 NBCA 33, [2018] A.N.-B. n° 130 (QL), par. 11, notre Cour a statué que la norme de contrôle applicable aux demandes fondées sur l'arrêt *Jordan* est la norme de la décision correcte.

[50] Des décisions récentes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique traitent également de la norme de contrôle applicable dans des appels relatifs aux délais fondés sur l'al. 11b). Dans *R. c. Christhurajah*, 2019 BCCA 210, [2019] B.C.J. No. 1113 (QL), la Cour a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

M. Christhurajah invoque l'arrêt *R. c. Vassell*, 2016 CSC 26, pour justifier l'application de la norme de contrôle de la décision correcte. Dans l'arrêt *Vassell*, le juge Moldaver, écrivant au nom de la Cour, a accueilli l'appel « [p]our des motifs qui concordent largement avec » les motifs exposés par le juge dissident de la Cour d'appel de l'Alberta, le juge O'Ferrall. Au paragraphe 38 de ses motifs, répertoriés au 2015 ABCA 409, le juge O'Ferrall a abordé la question de la norme de contrôle en appel à la lumière des décisions portant sur l'al. 11b) :

[38] Je souscris à l'avis de mes collègues selon qui, dans le cadre d'une demande fondée sur l'al. 11b) de la *Charte*, la caractérisation des périodes de délai appelle la norme de la décision correcte, comme

c'est le cas pour l'évaluation générale du caractère
raisonnable du délai [...]

[par. 110]

[51] Dans *R. c. K.N.*, 2018 BCCA 246, [2018] B.C.J. No. 1161 (QL), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a expliqué ainsi la norme de contrôle dans les affaires portant sur les délais :

[TRADUCTION]

L'appel du ministère public a été formé en vertu de l'al. 676(1)c) du *Code criminel*. Cette disposition autorise le ministère public à interjeter appel d'une ordonnance qui arrête les procédures sur un acte d'accusation ou annule un acte d'accusation. La décision d'un juge d'arrêter les procédures pour cause de délai déraisonnable comporte une question de droit qui est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte : *R. c. Widdifield*, 2014 BCCA 170, par. 76, citant *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1676. La caractérisation et la répartition des divers retards sont également susceptibles de révision selon la norme de la décision correcte : *R. c. Horner*, 2012 BCCA 7, par. 70. Les conclusions de fait sous-jacentes sont toutefois susceptibles de révision selon la norme de l'erreur manifeste ou dominante : *Horner*, par. 70; *R. c. Schertzer*, 2009 ONCA 742, par. 71, autorisation de pourvoi refusée, [2010] C.S.C.R. n° 3. [par. 13]

V. Analyse

A. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant que l'arrêt de travail pour cause de maladie de l'enquêteur principal constituait une circonstance exceptionnelle?*

[52] La Cour suprême a conclu que la réponse à la question de savoir si des circonstances sont « exceptionnelles » dépendra du bon sens et de l'expérience du juge du procès. Bien que la liste ne soit pas exhaustive, les circonstances se divisent généralement entre les événements distincts et les affaires particulièrement complexes (*Jordan*, par. 71). La Cour a précisé que les urgences médicales ou familiales de témoins

importants ou d'autres personnes associées au système de justice seraient généralement reconnues comme événements distincts (*Jordan*, par. 72).

[53] Bien que l'appel dont nous sommes saisis ne porte pas essentiellement sur cette question, il convient de noter que les circonstances exceptionnelles comprennent également les affaires qui sont particulièrement complexes. Voici comment on a défini les affaires complexes dans l'arrêt *Jordan* :

[...] 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. [...]

[Italiques dans l'original; par. 77]

[54] Dans *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, la Cour suprême a expliqué que la question de la complexité d'une affaire requiert une appréciation qualitative plutôt que quantitative :

[...] La complexité ne constitue une circonstance exceptionnelle que dans les cas où l'affaire dans son ensemble est particulièrement complexe. Elle ne peut être utilisée pour déduire des portions précises du délai. Au contraire, une fois effectuées toutes les déductions d'ordre quantitatif applicables, si le délai net continue d'excéder le plafond présumé, il est alors possible d'invoquer la complexité de l'affaire dans son ensemble pour justifier sa durée et réfuter la présomption que le délai était déraisonnable (*Jordan*, par. 80). Constitue une affaire particulièrement complexe une affaire qui, « eu égard à la nature de la preuve ou des questions soulevées, exig[e] un

procès ou une période de préparation d'une durée exceptionnelle » (*Jordan*, par. 77 (italiques omis)). Le juge de première instance qui est appelé à décider si la complexité d'une affaire suffit pour justifier sa durée doit se demander si le délai net est raisonnable compte tenu de la complexité globale de cette affaire. Une telle décision relève entièrement de l'expertise des juges de première instance (*Jordan*, par. 79). [par. 64]

[55] En l'espèce, le juge du procès a conclu que, dans [TRADUCTION] « une affaire de cette envergure », comprenant des dossiers bancaires et de nombreux documents, l'enquêteur principal était un témoin essentiel au procès. Bien qu'elle n'ait pas été directement examinée de la manière envisagée par la Cour suprême, la complexité de l'affaire a été considérée de façon qualitative dans l'appréciation de l'importance générale du témoin et de la nécessité de sa présence au procès.

[56] En décidant que l'arrêt de travail pour cause de maladie de l'enquêteur constituait une circonstance exceptionnelle, le juge du procès a également conclu que l'absence de l'agent ne pouvait pas être prévue ni être attribuée de quelque manière à la conduite du ministère public. Cette conclusion était correcte. Tenir le ministère public responsable de circonstances imprévues, comme la maladie grave d'un témoin essentiel, serait contraire à l'arrêt *Jordan*.

[57] En outre, la Cour a fixé des dates de procès dès que l'enquêteur était en mesure de témoigner, en mai 2020. Bien que l'on ait fixé les dates les plus hâtives possible, la COVID-19 a de nouveau fait dérailler le procès en mai 2020. La COVID-19 était une circonstance exceptionnelle qui n'était pas prévue et qui n'avait aucun rapport avec l'affaire.

[58] Il importe de noter que M^{me} Kelly a reconnu que l'arrêt de travail de l'enquêteur était une circonstance exceptionnelle au sens de l'arrêt *Jordan*; la seule question était de savoir quelle partie du retard causé par son absence devait être exclue du calcul effectué selon l'arrêt *Jordan*.

[59] Le ministère public fait valoir que la totalité du retard (environ dix mois et 25 jours) devrait être exclue, puisque ce retard répond parfaitement à la définition que la Cour suprême donne de la circonstance exceptionnelle. Je conviens que l'arrêt de travail pour cause de maladie était une circonstance exceptionnelle. La prochaine étape consiste à déterminer si le délai qu'il a causé aurait pu être atténué.

B. *Le délai a-t-il été convenablement atténué?*

[60] Dans l'arrêt *Jordan*, la Cour a prévenu que, même dans le cas de circonstances exceptionnelles distinctes, le ministère public et les tribunaux doivent toujours être prêts à atténuer le délai et à donner priorité aux affaires qui ont été retardées en raison d'événements imprévus. Toute partie du délai qui aurait pu raisonnablement être atténuée, mais ne l'a pas été, ne peut être soustraite du calcul effectué selon l'arrêt *Jordan* (*Jordan*, par. 75).

[61] Dans l'arrêt *Cody*, la Cour suprême a fait une analyse de l'obligation qui incombe au ministère public d'atténuer l'effet de circonstances imprévues. Dans cette affaire-là, l'obligation visait la communication de la preuve suivant l'arrêt *McNeil* (*R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66), question qui a surgi la veille d'une demande fondée sur la *Charte*, où la crédibilité de l'agent était en cause :

Nous convenons avec le ministère public que cette soudaine obligation liée à la communication de la preuve a constitué un événement distinct et nous déduirions une partie du délai qui en a découlé. Cet événement était raisonnablement inévitable et imprévisible, et le ministère public a agi de manière responsable en communiquant promptement la preuve, en assurant le suivi alors que l'affaire suivait son cours et en demandant les prochaines dates disponibles les plus rapprochées possible. Le ministère public aurait peut-être pu prendre des mesures additionnelles, par exemple renoncer entièrement à utiliser la preuve émanant de l'agent ou soumettre cette preuve au moyen d'un énoncé conjoint des faits. Toutefois, le critère applicable est la raisonnablement : pour satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable, le ministère public n'a pas à épuiser toutes les solutions imaginables en vue de remédier à l'événement en question.

[Soulignement ajouté; par. 54]

[62] En outre, la Cour a réitéré que le critère applicable à l'atténuation est la raisonnablement. Elle n'a pas imposé une norme de perfection au ministère public. Les erreurs sont une réalité inévitable dans un système de justice dirigé par des êtres humains, et ces erreurs peuvent entraîner des délais exceptionnels et raisonnablement inévitables (*Cody*, par. 58).

[63] Les tribunaux reconnaissent et protègent depuis longtemps la nécessité de reconnaître au ministère public un pouvoir discrétionnaire dans le processus d'instruction d'une affaire. Parlant de l'imposition au ministère public d'une obligation de citer certains témoins à comparaître, la juge L'Heureux-Dubé a écrit ce qui suit dans *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, [1997] A.C.S. n° 22 (QL) :

[...] Il ressort immédiatement que cette obligation, si elle était reconnue telle, aurait une incidence majeure sur la capacité du ministère public de conduire sa cause. Cela constituerait clairement un empiétement sur les larges pouvoirs attribués aux substituts du procureur général, qui sont au cœur même du processus contradictoire. Nous avons reconnu comme principe général de bon fonctionnement de notre système de justice criminelle que le ministère public doit disposer d'un assez large pouvoir discrétionnaire. Qui plus est, ce pouvoir s'étend à tous les aspects du système de justice criminelle. [...]

[par. 19]

Voir aussi *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 16.

[64] En particulier, les décisions relatives à la façon de présenter la preuve contre l'accusé doivent être laissées à la discrétion du ministère public, en l'absence de preuve d'abus de ce pouvoir discrétionnaire (*Cook*, par. 55).

[65] M^{me} Kelly prétend que, même s'il faisait face à l'absence continue de l'enquêteur principal, le ministère public a pu remanier sa preuve en septembre 2020. Il a préparé le procès sans son aide et sans son témoignage pour établir les éléments essentiels de l'infraction, ce qu'il aurait pu faire en septembre 2019 lorsqu'on a appris pour la

première fois que le gendarme Levac était en arrêt de travail pour cause de maladie. Je dirais qu'avec le recul, tout devient net.

[66] Premièrement, l'avocat de M^{me} Kelly ne peut logiquement prétendre que le ministère public aurait dû aller de l'avant sans l'enquêteur, alors que, dès le mois de septembre 2020, afin de soutenir une deuxième demande fondée sur l'arrêt *Jordan*, il faisait fortement valoir que l'enquêteur était un témoin essentiel et que le procès ne pouvait aller de l'avant en son absence.

[67] Deuxièmement, l'argument de M^{me} Kelly est trompeur. Le ministère public n'a indiqué à aucun moment qu'il pouvait aller de l'avant en l'absence de l'enquêteur principal, et, en fait, d'importants efforts ont été faits pour assurer sa comparution. De nouvelles dates de procès ont été fixées uniquement afin de lui permettre de témoigner, et ces dates de procès ont été prévues afin de tenter d'atténuer le délai. Le juge du procès lui-même a indiqué clairement que l'absence de l'enquêteur n'entraînerait pas de retards additionnels, et que celui-ci serait contraint de comparaître, même s'il fallait lancer un mandat d'arrestation.

[68] Finalement, comme la jurisprudence l'indique, le ministère public bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la façon de présenter sa preuve. Laisser entendre qu'il aurait dû remanier sa preuve en raison de la maladie imprévue de l'enquêteur, aller de l'avant en l'absence d'un témoin essentiel et peut-être risquer de ne pas s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombait, entrave le pouvoir discrétionnaire du ministère public.

[69] Bien que le ministère public ait été en mesure d'ajuster certains aspects de sa preuve en raison de l'absence initiale de l'enquêteur, il n'était pas tenu de le faire. Comme la Cour suprême l'a indiqué, « pour satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable, le ministère public n'a pas à épuiser toutes les solutions imaginables en vue de remédier à l'événement en question » (*Cody*, par. 54). Que le ministère public ait bien voulu faire des adaptations, au risque de porter atteinte à sa cause, est un exemple des efforts raisonnables qu'il a faits pour atténuer le délai.

[70] Il ne fait aucun doute que le désir du ministère public d'obtenir le concours de l'enquêteur principal pour la préparation du procès et le faire témoigner était raisonnable. Bien que le ministère public ait dû finalement commencer le procès sans son concours et présenter des documents en son absence, la présence de l'enquêteur principal demeurerait néanmoins essentielle. La Cour a fini par entendre son témoignage et en tenir compte.

[71] Dans les circonstances de l'espèce, il est évident que le ministère public et le juge du procès ont tous deux fait tous les efforts raisonnables pour atténuer le retard causé par la maladie de l'enquêteur. À mon avis, en accord avec la jurisprudence de la Cour suprême, le retard causé par son arrêt de travail devrait être exclu dans sa totalité du calcul effectué selon l'arrêt *Jordan*, ce qui donne une période totale de 14 mois et 12 jours. Le délai étant bien établi à 14 mois et 12 jours, il est manifeste que le plafond prévu dans l'arrêt *Jordan* a été respecté et que l'appel devrait être rejeté.

VI. Conclusion

[72] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.