

Kenneth Robert Chromiak *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: October 16; 1979: November 20.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Criminal law — Police officer suspecting accused might be impaired driver — Demand for breath sample for road-side testing — Refusal to comply without presence of lawyer — Accused at no time "detained" within meaning of Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44, s. 2(c) — No reasonable excuse for failure to comply — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1(2).

The appellant was charged that he failed to comply with a demand made to him by a peace officer under s. 234.1(2) of the *Criminal Code* and was convicted by a Provincial Court judge. The appellant then appealed his conviction to the District Court of Alberta and his appeal was allowed and the conviction quashed. On appeal by the Crown, the Alberta Court of Appeal allowed the appeal and restored the conviction and sentence of the Court of first instance. The appellant then appealed from the judgment of the Court of Appeal to this Court.

The accused had been driving his car in an erratic manner and was stopped by a peace officer. After asking the accused to perform some sobriety tests, and suspecting that he might be an impaired driver, the officer read him the road-side test demand to provide a breath sample into an approved screening device. The appellant appeared to understand the demand, but was continually asking questions. The appellant then refused to provide a sample of his breath, stating that he wanted his lawyer present on the street before he did any tests. The peace officer thereafter wrote out an appearance notice for impaired driving and refusing to provide a breath sample into the road-side testing device, and the appellant was permitted to leave with a companion who drove his motor vehicle.

Held: The appeal should be dismissed.

The submission that when the appellant brought his vehicle to a stop in compliance with a signal from the

Kenneth Robert Chromiak *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 16 octobre; 1979: 20 novembre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME D'ALBERTA

Droit criminel — Accusé soupçonné par un agent de la paix de conduire alors que ses facultés étaient affaiblies — Sommé de soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate — Refus d'obtempérer en l'absence d'un avocat — L'accusé n'a jamais été «détenu» au sens de la Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art. 2c) — Aucune excuse raisonnable au refus d'obtempérer à la demande — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1(2).

L'appelant a été accusé d'avoir refusé d'obtempérer à une demande qu'un agent de la paix lui a faite en vertu du par. 234.1(2) du *Code criminel*. Déclaré coupable par un juge de la Cour provinciale, l'appelant a interjeté appel devant la Cour de district d'Alberta. L'appel a été accueilli et la déclaration de culpabilité annulée. Le ministère public a appelé de ce jugement devant la Cour d'appel d'Alberta qui a accueilli l'appel et rétabli la déclaration de culpabilité et la sentence prononcée par le tribunal de première instance. L'appelant a alors interjeté appel devant cette Cour de l'arrêt de la Cour d'appel.

L'accusé, qui conduisait sa voiture de façon déconcertante, a été arrêté par un agent de la paix. Après lui avoir demandé de se soumettre à quelques tests de sobriété, l'agent, soupçonnant que les facultés de l'accusé pouvaient être affaiblies, lui a lu la sommation de soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate. L'appelant a paru comprendre mais il posait continuellement des questions. Il a refusé en déclarant qu'il ne se soumettrait à aucun test à moins que son avocat ne soit présent dans la rue. L'agent de la paix a alors rédigé un avis de comparution pour répondre de l'accusation d'avoir conduit avec les facultés affaiblies et d'avoir refusé d'obtempérer à la demande de soumettre un échantillon d'haleine pour une analyse immédiate. L'appelant a, par après, été autorisé à partir avec son compagnon qui a pris le volant.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

On ne peut retenir l'argument selon lequel lorsque l'appelant a arrêté son véhicule en réponse à un signal de

peace officer and during the time when the peace officer, with the appellant's ready co-operation, subjected him to certain sobriety tests and subsequently read him the "road-side tester demand to provide a breath sample", the appellant was being "detained" within the meaning of s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights*, and that this detention afforded him "reasonable excuse" for refusing to comply with the demand to provide a breath sample within the meaning of s. 234.1(1) of the *Criminal Code* could not be accepted.

The words "detain" and "detention" as they are used in s. 2(c) of the *Bill of Rights* connote some form of compulsory restraint. The language of s. 2(c)(iii) which guarantees to a person "the remedy of *habeas corpus* for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is not lawful" clearly contemplates that any person "detained" within the meaning of the section is one who has been detained by due process of law. This construction is supported by reference to ss. 28(2)(b), 30, 136(a), 248 and 250 of the *Criminal Code* where the words "to detain" are consistently used in association with actual physical restraint. In the present case, the appellant, after he had co-operated in furnishing the preliminary sobriety tests, was allowed to go away and he was at no time detained.

The appellant was not a person who had while "arrested or detained" been deprived of the right to "retain counsel without delay", and there was no reasonable excuse for his failure to comply with the demand made to him by the peace officer.

Brownridge v. The Queen, [1972] S.C.R. 926; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574, distinguished; *R. v. Ballegeer*, [1969] 3 C.C.C. 353; *R. v. MacDonald* (1974), 22 C.C.C. (2d) 350, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, allowing an appeal from a judgment of McFayden D.C.J. and restoring the appellant's conviction on a charge of failing to comply with a demand that he provide a breath sample for analysis in a road-side screening device contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

W. J. Shymko, for the appellant.

W. Henkel, Q.C., for the respondent.

¹ (1979), 14 A.R. 222.

l'agent de la paix et pendant le temps où celui-ci, avec la collaboration de l'appellant, a soumis ce dernier à certaines épreuves de sobriété et lui a subséquemment lu la «demande de fournir un échantillon de son haleine pour une analyse immédiate», l'appellant était «détenu» au sens de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* et selon lequel cette détention constituait une «excuse raisonnable» pour refuser d'obtempérer à la demande de fournir un échantillon d'haleine au sens du par. 234.1(1) du *Code criminel*.

Les mots «détenir» et «détention» employés à l'al. 2c) de la *Déclaration des droits* se rapportent à une certaine forme de contrainte. Le texte du sous-al. 2c)(iii), qui garantit à une personne le «recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale», envisage clairement que la personne «détenue» que vise l'article est une personne qui est détenue en vertu de l'application régulière de la loi. Cette interprétation est renforcée par les art. 28(2)b), 30, 136a), 248 et 250 de la version anglaise du *Code criminel* dans lesquels les mots «to detain» sont constamment employés en rapport avec une véritable contrainte physique. Dans la présente affaire, après que l'appellant eut collaboré en se soumettant aux tests préliminaires de sobriété, on lui a permis de s'en aller; il n'a en aucun temps été détenu.

L'appellant n'était pas une personne qu'on a privée de son droit de «retenir et constituer un avocat sans délai» alors qu'elle était «arrêtée ou détenue» et il n'y a aucune excuse raisonnable à son refus d'obtempérer à la demande de l'agent de la paix.

Jurisprudence: *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; distinction faite avec l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *R. v. Ballegeer*, [1969] 3 C.C.C. 353; *R. v. MacDonald* (1974), 22 C.C.C. (2d) 350.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta¹ qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge McFayden de la Cour de district et rétabli la déclaration de culpabilité de l'appellant sur une accusation d'avoir refusé d'obtempérer à une demande de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate, le tout contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

W. J. Shymko, pour l'appellant.

W. Henkel, c.r., pour l'intimée.

¹ (1979), 14 A.R. 222.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta allowing an appeal from a judgment of McFayden J., in the District Court, and restoring the conviction entered against the appellant by His Honour Judge Forbes in the Provincial Judges Court on a charge that the appellant

“... on or about the 17th day of September 1977 at the City of Edmonton in the Province of Alberta, without reasonable excuse, did unlawfully fail to comply with a demand made to him by a peace officer under s. 234.1(2) of the *Criminal Code*.”

At the trial before Judge Forbes it was admitted on behalf of the appellant that the facts read into the record by the Crown constituted the whole of the evidence in this case. In view of the fact that each case involving the construction and effect to be given to s. 234.1(2) and s. 235 of the *Criminal Code* is dependent on the particular facts giving rise to the alleged offence, I think it desirable that the admitted evidence should be reproduced in full. The following statement of facts was read into the record in accordance with the agreement of counsel:

Your Honour, at approximately 3:55 a.m., Sergeant Tidridge noted a 1977 Volaré, red over black, travel south on 50th Street; and as it turned east onto 114th Avenue, it nearly ran over the southeast curb. The vehicle straightened out; and then Sergeant Tidridge paid particular attention to it as it travelled east on 114th Avenue. It was seen that the vehicle had a distinct weave inasmuch as it moved from side to side a complete vehicle width. It took approximately a 100 feet to accomplish this weave; and as it did so, it moved completely to the left of the unmarked center line and then to the right, almost striking cars parked at the south curb, 114th Avenue. Sergeant Tidridge applied the interior red light of the police vehicle, and noted that, although the vehicle reacted almost immediately, it took a long time to finally come to a halt, spending some time edging along the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le présent pourvoi attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge McFayden de la Cour de district et rétabli la déclaration de culpabilité que le juge Forbes de la Provincial Judges Court avait prononcée contre l'appellant sur une accusation

[TRADUCTION] «... d'avoir, le 17 septembre 1977 ou vers cette date, dans la ville d'Edmonton dans la province d'Alberta, sans excuse raisonnable, refusé d'obtempérer à une demande qu'un agent de la paix lui a faite en vertu du par. 234.1(2) du *Code Criminel*.»

Au procès devant le juge Forbes, l'avocat de l'appellant a admis que les faits présentés par le ministère public constituaient toute la preuve dans cette affaire. Vu que chaque affaire portant sur l'interprétation et l'effet à donner au par. 234.1(2) et à l'art. 235 du *Code criminel* repose sur les faits particuliers qui lui ont donné naissance, j'estime utile de reproduire en entier les aveux qui constituent la preuve. L'exposé des faits qui figure au dossier conformément à l'entente entre les avocats se lit comme suit:

[TRADUCTION] Votre Honneur, vers 3h55, le sergent Tidridge a remarqué une Volaré 1977, de couleur rouge et noir, qui se dirigeait vers le sud sur la 50^e rue; lorsque cette voiture a tourné vers l'est sur la 114^e avenue, elle a failli passer par dessus la bordure du trottoir du côté sud-est. L'automobile s'est redressée; le sergent Tidridge l'a observée avec une attention particulière alors qu'elle se dirigeait vers l'est sur la 114^e avenue. L'automobile zigzaguait de façon visible; elle se déplaçait d'un côté à l'autre sur toute sa largeur. Ce mouvement de zigzag complet se faisait sur une distance d'environ 100 pieds; la voiture se déportait complètement à la gauche du milieu de la rue puis vers la droite, passant très près de voitures stationnées en bordure du trottoir sud de la 114^e avenue. Le sergent Tidridge a actionné le clignotant intérieur rouge du véhicule de police et a observé que bien que l'auto-

curb before finally coming to this stop.

Sergeant Tidridge approached the driver's door and the accused stepped from the vehicle, staggering slightly as he did so. On closer checking, Sergeant Tidridge noted his breath smelled strongly of an intoxicating liquor; beer, as a matter of fact. He was asked whether he was drinking: He denied it; produced his documents plus one credit card; did this without too much difficulty. He was not exactly sure of where he was, but he was not lost. He was driving a friend home.

Sergeant Tidridge asked the accused to perform some sobriety tests, the first one being the balance test; and he had to sort of jog to keep his balance. Walking was fair: Asked him to walk ten paces; some slight sway from normal. Turning wasn't done. Finger to nose touch, finger to nose test: he did quite well. The tests were carried out on a dry, paved road surface. His attitude was co-operative. Speech was noted to be slurred.

Sergeant Tidridge felt that the accused might be an impaired driver and he was read the road-side tester demand to provide a breath sample into a road-side approved testing device. He appeared to understand but was continually asking questions. Sergeant Tidridge explained the best he could. He, in essence, refused, saying he wanted his lawyer present on the street before he did any tests. Sergeant Tidridge wrote out an appearance notice for impaired driving and requested that the accused sign the same and indicated that it was an offence not to do so, and that he was merely signing a receipt of receiving an appearance notice. He declined to sign the appearance notice; as a result, Sergeant Tidridge just gave him the appearance notice without having it signed. And in view of the fact that there was a companion of the accused that was sober, he was allowed to go.

All this took place in the City of Edmonton, in the Province of Alberta. The vehicle was

mobile ait réagi presque tout de suite, elle ne s'est pas immobilisée immédiatement, mais a continué à longer la bordure du trottoir avant de s'arrêter.

Le sergent Tidridge s'est approché de la portière du conducteur et l'accusé est descendu du véhicule en titubant légèrement. Arrivé plus près, le sergent Tidridge a remarqué que l'haleine de l'accusé dégageait une forte odeur de boisson alcoolique: plus précisément, une odeur de bière. Il lui a demandé s'il avait bu; il l'a nié. Il a produit ses documents ainsi qu'une carte de crédit; il a pu s'exécuter sans grande difficulté. Il ne savait pas au juste où il se trouvait, mais il n'était pas perdu. Il reconduisait un ami.

Le sergent Tidridge a demandé à l'accusé de se soumettre à quelques tests de sobriété, d'abord celui de l'équilibre. L'accusé a dû pour ainsi dire marcher en sautillant pour garder son équilibre. Le test de la marche a été bon. On lui a demandé de marcher dix pas; il a dévié un peu de la normale. Il ne s'est pas retourné. Il a réussi assez bien l'épreuve de se toucher le nez avec le doigt. Les tests ont été faits sur la rue qui était pavée et sèche. L'accusé a manifesté une attitude de collaboration. On a remarqué qu'il articulait mal.

Le sergent Tidridge a pensé que les facultés de l'accusé pouvaient être affaiblies et il lui a lu la sommation de soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate. Il a paru comprendre mais il posait continuellement des questions. Le sergent Tidridge a expliqué du mieux qu'il a pu. L'accusé, en substance, a refusé en déclarant qu'il ne se soumettrait à aucun test à moins que son avocat ne soit présent dans la rue. Le sergent Tidridge a rédigé un avis de comparution pour répondre de l'accusation d'avoir conduit avec les facultés affaiblies. Il a demandé à l'accusé de signer cet avis et lui a indiqué qu'un refus constituait une infraction. Il lui a expliqué qu'il ne s'agissait que d'un reçu concernant l'avis de comparaître. L'accusé a refusé de signer l'avis; le sergent Tidridge lui a alors remis l'avis sans qu'il soit signé. Il a ensuite laissé partir l'accusé étant donné que son compagnon était sobre.

Tout cela s'est passé dans la ville d'Edmonton, dans la province d'Alberta. L'automobile a été

checked and found to be, as one would expect with a 1977 vehicle, in excellent condition. It was left in the care of the friend.

That's the facts, Your Honour.

The defence rested upon the effect to be given to s. 234.1 of the *Criminal Code* in light of s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights*. Section 2 of that enactment reads in part as follows:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to . . .

(c) deprive a person who has been arrested or detained . . .

(ii) of the right to retain and instruct counsel without delay, or

(iii) of the remedy by way of *habeas corpus* for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is not lawful;

Section 234.1 subs. (2) under which the appellant is charged in the present case is to be read in the context of s. 234.1 subs. (1). These subsections read as follows:

234.1(1) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

(2) Every one who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under subsection (1) is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

vérifiée et trouvée en excellent état comme on pouvait s'attendre d'un modèle 1977. On l'a laissée à la garde de l'ami.

Ce sont là les faits, Votre Honneur.

La défense se fonde sur l'effet à donner à l'art. 234.1 du *Code criminel* en regard du sous-al. 2c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'article 2 de la *Déclaration* se lit en partie comme suit:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme . . .

c) privant une personne arrêtée ou détenue . . .

(ii) du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, ou

(iii) du recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale;

Le paragraphe 234.1(2) en vertu duquel l'appelant est accusé doit se lire dans le contexte du par. 234.1(1). Ces paragraphes se lisent comme suit:

234.1(1) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcooltest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, refuse de donner l'échantillon prévu au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et est passible

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

- (b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and
- (c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

As Mr. Justice Clement said in the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of the Appeal Division:

Section 234.1 has an operational relationship to s. 235 and is cast in a similar language mold. The relevant cases on the latter section require examination for such assistance as they may afford.

In fact the penalty provisions (subs. (2)) of the two sections are identical and the essential difference between the two sections is that s. 234.1 provides procedure requiring the driver of a motor vehicle to provide breath samples for analysis in a roadside screening device, whereas in s. 235 the procedure relates to the furnishing of a sample for analysis by a qualified technician. For the purposes of the present appeal I share the view of Mr. Justice Clement that the cases which have been decided in relation to s. 235 are relevant for consideration here.

The contention advanced on behalf of the appellant, and supported by the reasons for judgment of the learned trial judge was that when the appellant brought his vehicle to a stop in compliance with a signal from the peace officer and during the time when the peace officer, with the appellant's ready co-operation, subjected him to certain sobriety tests and subsequently read him the "road-side tester demand to provide a breath sample", the appellant was being "detained" within the meaning of s. 2(c) of the *Bill of Rights*, and that this detention afforded him "reasonable excuse" for refusing to comply with the demand to provide a breath sample within the meaning of s. 234.1(1) of the *Criminal Code*.

The main issues raised by the appellant's defence are:

- (1) Did the circumstances in which he refused to supply a sample of his breath to the peace officer afford him a "reasonable

- b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et
- c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

Comme l'a dit le juge Clement dans les motifs de jugement qu'il a prononcés au nom de la Division d'appel:

[TRADUCTION] L'article 234.1 a un lien avec l'art. 235 et il est formulé en des termes semblables. Il est donc utile d'étudier les arrêts qui portent sur ce dernier article pour préciser le sens du premier.

Les peines prévues (par. (2)) par les deux articles sont les mêmes et la différence essentielle entre les deux dispositions est que l'art. 234.1 crée une procédure pour obliger le conducteur d'un véhicule à moteur à fournir des échantillons d'haleine pour une analyse immédiate, alors que la procédure prévue à l'art. 235 vise un échantillon pour fin d'analyse par un technicien qualifié. En ce qui regarde le présent pourvoi, je partage l'avis du juge Clement que les arrêts rendus sur l'art. 235 sont pertinents.

L'argument proposé pour l'appelant et appuyé par les motifs de jugement du savant juge de première instance est que lorsque l'appelant a arrêté son véhicule en réponse au signal de l'agent de la paix et pendant le temps où celui-ci, avec la collaboration de l'appelant, a soumis ce dernier à certaines épreuves de sobriété et lui a subséquemment lu la «demande de fournir un échantillon de son haleine pour une analyse immédiate», l'appelant était «détenu» au sens de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* et que cette détention constituait une «excuse raisonnable» pour refuser d'obtempérer à la demande de fournir un échantillon d'haleine au sens du par. 234.1(1) du *Code Criminel*.

Les questions principales que soulève la défense de l'appelant sont les suivantes:

- (1) Les circonstances dans lesquelles il a refusé de fournir un échantillon de son haleine à l'agent de la paix permettent-elles de con-

excuse” for such refusal within the meaning of s. 234.1(1) of the *Criminal code*?

- (2) Was he at any time “arrested or detained” by the peace officer within the meaning of s. 2(c)(ii) of the *Bill of Rights*?

In support of the contention that the circumstances here afforded a “reasonable excuse” to the appellant for his refusal to comply with the peace officer’s request for a sample of his breath, reliance is placed on the judgment of this Court in *Brownridge v. The Queen*², where it was held that the denial of the right to retain and instruct counsel without delay to an accused person who is under arrest and in jail afforded that person reasonable excuse for refusing to comply with the demand made pursuant to s. 235(2).

It will be readily appreciated that the circumstances of the *Brownridge* case are startlingly different from those disclosed by the statement of facts read into the record in the present case. In the case of *Brownridge* he had been arrested and was being held in the police cells at the time when his request to instruct counsel was refused, whereas in the present case the appellant, having complied with the peace officer’s “sobriety tests” was allowed to go away and was not thereafter detained. The difference between the two cases constitutes a striking example of the following proposition stated by Freedman J.A., as he then was, in *R. v. Balleger*³, at p. 355, where he said:

There may be cases in which a debatable question arises as to whether the accused’s right of communicating with his lawyer was unduly delayed or hampered by the police. Such a question would have to be resolved upon its particular facts, with due regard to matters of time, place, availability of means of communication, and the like. This, however, is not such a case; in my view no debatable question arises.

clure à une «excuse raisonnable» de son refus au sens de l’art. 234.1(1) du *Code Criminel*?

- (2) A-t-il été à quelque moment «arrêté ou détenu» par l’agent de la paix au sens du sous-al. 2c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*?

A l’appui de la prétention que les circonstances de l’espèce constituaient une «excuse raisonnable» qui lui permettait de refuser d’obtempérer à la demande de l’agent de la paix visant à obtenir un échantillon d’haleine, l’appelant a invoqué l’arrêt de cette Cour dans *Brownridge c. La Reine*², qui a décidé que la privation du droit d’un prévenu, en état d’arrestation et en prison, de retenir et constituer un avocat sans délai constituait pour cette personne une excuse raisonnable pour refuser d’obtempérer à une demande faite en vertu du par. 235(2).

On conviendra sans difficulté que les circonstances de l’affaire *Brownridge* sont très différentes de celles révélées dans l’exposé des faits qui constitue la preuve dans la présente affaire. En effet, *Brownridge* avait été arrêté et était détenu en cellule au poste de police au moment où on a refusé sa demande de constituer un avocat, alors que dans la présente affaire on a laissé partir l’appelant qui avait accepté de subir «le test de sobriété» de l’agent de la paix et on ne l’a pas détenu subséquemment. La différence entre les deux affaires illustre de façon frappante l’affirmation suivante du juge Friedman, alors juge puîné de la Cour d’appel, dans l’arrêt *R. v. Balleger*³ à la p. 355:

[TRADUCTION] Dans certains cas, on peut se demander si les policiers ont indûment retardé ou entravé le droit de l’accusé de communiquer avec son avocat. Cette question dépend des faits particuliers de l’affaire et on doit tenir compte, pour la résoudre, de facteurs tels que l’heure, l’endroit, la disponibilité de moyens de communication et ainsi de suite. Ce n’est toutefois pas le cas en l’espèce; à mon avis, la question n’admet aucun débat.

² [1972] S.C.R. 926.

³ [1969] 3 C.C.C. 353.

² [1972] R.C.S. 926.

³ [1969] 3 C.C.C. 353.

The case of *Hogan v. The Queen*⁴ to which reference was also made in the Courts below, like *Brownridge*, is clearly distinguishable from the present case. There the initial demand for a sample of breath was made on the highway and it was only after the accused had complied with the peace officer's request to accompany him to the police station that the accused stated that he wanted to see his lawyer before giving the breath sample. In the result the sample was given upon the constable advising the accused that he had no right to see anybody before giving it. Under these circumstances, the evidence of the result of the breath test was admitted at trial.

In support of the contention that the appellant was "arrested" or "detained" within the meaning of s. 2(c) of the *Bill of Rights* when he refused to comply with the peace officer's demand, reliance is placed on behalf of the appellant on the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia in *R. v. MacDonald*⁵, where MacDonald J.A. stated at p. 356:

Parliament in using the words "arrested or detained" in s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights* contemplated different situations because although arrest includes detention, detention does not necessarily include arrest.

It appears to me to be obvious that the word "detention" does not necessarily include arrest, but the words "detain" and "detention" as they are used in s. 2(c) of the *Bill of Rights*, in my opinion, connote some form of compulsory restraint and I think that the language of s. 2(c) (iii) which guarantees to a person "the remedy of *habeas corpus* for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is not lawful", clearly contemplates that any person "detained" within the meaning of the section is one who has been detained by due process of law. This construction is supported by reference to ss. 28(2)(b), 30, 136(a), 248 and 250 of the *Criminal Code* where the words "to detain" are consistently used in association with actual physical restraint.

De même, la présente affaire se distingue de l'arrêt *Hogan c. La Reine*⁴, qui a été cité devant les cours d'instance inférieure. Dans cette affaire-là, la première demande d'échantillon d'haleine a été faite sur la route et ce n'est qu'après avoir obtempéré à la demande de l'agent de la paix de l'accompagner au poste de police que le prévenu a déclaré qu'il voulait voir son avocat avant de fournir l'échantillon d'haleine. Finalement, le prévenu a fourni l'échantillon après que le constable lui eut déclaré qu'il n'avait le droit de voir personne avant de le fournir. Dans ces circonstances on a admis comme preuve au procès le résultat de l'analyse.

A l'appui de la prétention que l'appellant était «arrêté» ou «détenu» au sens de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* lorsqu'il a refusé d'obtempérer à la demande de l'agent de la paix, on a invoqué l'arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, *R. v. MacDonald*⁵. Dans cet arrêt le juge Macdonald a dit, à la p. 356:

[TRADUCTION] L'emploi des expressions «arrêtée ou détenue» au sous-al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* indique que le Parlement visait des situations différentes parce que, bien que l'arrestation comprenne la détention, la détention ne comprend pas nécessairement l'arrestation.

Il me paraît évident que le mot «détention» ne comprend pas nécessairement l'arrestation, mais les mots «détenir» et «détention» employés à l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* se rapportent, à mon avis, à une certaine forme de contrainte et je crois que le texte du sous-al. 2c)(iii), qui garantit à une personne le «recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale», envisage clairement que la personne «détenue» que vise l'article est une personne qui est détenue en vertu de l'application régulière de la loi. Cette interprétation est renforcée par les art. 28(2)b), 30, 136a), 248 et 250 de la version anglaise du *Code Criminel* dans lesquels les mots «to detain» sont constamment employés en rapport avec une véritable contrainte physique.

⁴ [1975] 2 S.C.R. 574.

⁵ (1974), 22 C.C.C. (2d) 350.

⁴ [1975] 2 R.C.S. 574.

⁵ (1974), 22 C.C.C. (2d) 350.

I agree with the Court of Appeal that the following observations made by Pigeon J. in the *Brownridge* case are pertinent to s. 234.1(1) and to the facts disclosed in this case. Notwithstanding the fact that Mr. Justice Pigeon spoke in the course of a dissenting opinion, I do not think that this statement is in any way in variance to the principle to which I have just referred. Mr. Justice Pigeon said, at pp. 943 and 944:

The legal situation of a person who, on request, accompanies a peace officer for the purpose of having a breath test taken is not different from that of a driver who is required to allow his brakes to be inspected or to proceed to a weighing machine under s. 39(6) or s. 78(3) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c.202. Such a person is under a duty to submit to the test. If he goes away, or attempts to go away, to avoid the test, he may be arrested and charged but this does not mean that he is under arrest until this happens. He is merely obeying directions that police officers are entitled to issue. Motorists cannot reasonably expect to be allowed to seek legal advice before complying with such orders. Police officers are fully justified in treating as a definitive refusal a refusal to comply until legal advice is obtained.

Does s. 2(c)(ii) of the *Bill of Rights* alter the common law situation with respect to motorists requested to submit to a test required by the *Criminal Code* as opposed to tests required by provincial legislation? I do not think so. The provision under consideration applies to "a person who has been arrested or detained". Such is not, it appears to me, the legal situation of one who has been required "to accompany" a peace officer for the purpose of having a breath test taken. The test may well be negative and, in such a case, it would be quite wrong to say that this person was arrested or detained and then released. Detained means held in custody as is apparent from such provision as s. 15 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c.1-2.

The observations of Macdonald J.A. in *R. v. MacDonald*, *supra*, are to be read in light of the fact that in the result he allowed the Crown's appeal and made the following statement at p. 358:

In the case at bar it is my opinion that the *right* of the respondent to retain and instruct counsel was *not* abridged or infringed. In order for such right to be

Je suis d'accord avec la Cour d'appel que les remarques suivantes du juge Pigeon dans l'arrêt *Brownridge* sont pertinentes au par. 234.1(1) et aux faits de la présente affaire. Bien que le juge Pigeon ait exprimé une opinion dissidente, je ne crois pas que ses remarques s'écartent du principe que je viens de mentionner. Le juge Pigeon a dit aux pp. 943 et 944:

La situation juridique de celui qui, sur demande, suit un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué ne diffère pas de celle d'un conducteur qui est tenu de laisser quelqu'un inspecter ses freins ou de se diriger vers une balance pour que soit pesé son véhicule en vertu du par. (6) de l'art. 39 ou du par. (3) de l'art. 78 du *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202. Il est tenu de se soumettre au test. S'il part, ou essaie de partir, pour éviter le test, il peut être arrêté et inculqué mais cela ne veut pas dire qu'il a été jusqu'à ce moment-là en état d'arrestation. Il n'a fait que se conformer à des directives que les agents de police sont autorisés à donner. Les automobilistes ne peuvent pas raisonnablement s'attendre d'être autorisés à demander un avis juridique avant d'obtempérer à ces ordres. Les agents de police sont pleinement justifiés de traiter comme un refus définitif le refus d'obtempérer tant qu'un avis juridique n'est pas obtenu.

Le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (c) de l'art. 2 de la *Déclaration des droits* modifie-t-il la situation en *common law*, en ce qui concerne les automobilistes que l'on somme de se soumettre au test requis par le *Code criminel*, par opposition aux tests requis par la législation provinciale? Je ne le crois pas. La disposition à l'étude s'applique à «une personne arrêtée ou détenue». Telle n'est pas, me semble-t-il, la situation juridique de celui de qui l'on a exigé qu'il suive un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué. Il se peut fort bien que le test soit négatif, et en pareil cas, il serait bien erroné de dire que cette personne a été arrêtée ou détenue, puis libérée. «Détenue» signifie gardé, comme il ressort de dispositions telles que l'art. 15 de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, c. 1-2.

Il faut lire les remarques du juge Macdonald dans l'arrêt *R. v. MacDonald*, précité, en regard de sa conclusion qui accueille l'appel du ministère public, et de ce qu'il dit à la p. 358:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, je suis d'avis que le *droit* de l'intimé de retenir ou de constituer un avocat *n'a pas* été restreint ou enfreint. La *Déclaration*

abridged or infringed some overt act would appear to be required and indeed, contemplated by the *Canadian Bill of Rights*. No such overt act existed here. What occurred was that although the *right* to retain and instruct counsel was not abridged or infringed, the respondent was *unable* to exercise the right due to his inability to make contact with any of the three lawyers he telephoned. It must also be remembered that *before* refusing to comply with the demand given him by Constable Brown he apparently abandoned his efforts and hence his request to contact counsel and advised Constable Brown that for the reason, *inter alia*, that he had been unsuccessful in contacting any of the three lawyers he had tried to reach by telephone that he was not in effect going to comply with the demand.

In the present case after the appellant had co-operated in furnishing the preliminary sobriety tests he was allowed to go away, and as I have indicated, I am of opinion that he was at no time detained.

In view of all the above, I have concluded that the appellant was not a person who had, while "arrested or detained" been deprived of the right to "retain and instruct counsel without delay" and I am unable to find any reasonable excuse for his failure to comply with the demand made to him by the peace officer.

I would accordingly dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Bassie, Shymko & Kantor, Edmonton.

Solicitor for the respondent: W. Henkel, Edmonton.

canadienne des droits paraît exiger, pour que ce droit soit restreint ou enfreint, qu'il y ait un acte manifeste. Dans la présente affaire, il n'y a eu aucun acte manifeste. Bien que le *droit* de retenir et de constituer un avocat n'ait pas été restreint ou enfreint, l'intimé a été *incapable* d'exercer ce droit parce qu'il n'a pu rejoindre aucun des trois avocats qu'il a tenté d'appeler. On doit aussi se rappeler qu'*avant* de refuser d'obtempérer à la demande du constable Brown, il a apparemment abandonné ses efforts et, partant, sa demande de se mettre en rapport avec son avocat et il a informé le constable Brown qu'il n'allait pas obtempérer à sa demande pour le motif, *entre autres*, qu'il n'avait réussi à rejoindre aucun des trois avocats qu'il avait tenté d'appeler.

Dans la présente affaire, après que l'appellant eut collaboré en se soumettant aux tests préliminaires de sobriété, on lui a permis de s'en aller et, comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis qu'il n'a en aucun temps été détenu.

Vu tout ce qui précède, j'ai conclu que l'appellant n'était pas une personne qu'on a privée de son droit de «retenir et constituer un avocat sans délai» alors qu'elle était «arrêtée ou détenue» et je suis incapable de trouver une excuse raisonnable à son refus d'obtempérer à la demande de l'agent de la paix.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Bassie, Shymko & Kantor, Edmonton.

Procureur de l'intimée: W. Henkel, Edmonton.