

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Nathen Bernshaw** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BERNSHAW

File No.: 23748.

Hearing and judgment: October 7, 1994.

Reasons delivered: January 27, 1995.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Motor vehicles — Demand for breath sample — Roadside screening test — Police officer authorized to demand that driver provide breath sample “forthwith” for screening test — Whether “fail” result per se provides reasonable and probable grounds to demand breathalyzer — Whether officer must ascertain when driver consumed last drink or wait at least 15 minutes before administering screening test — Whether “forthwith” means immediately or whether it may encompass 15-minute delay — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(2), (3).*

A police officer pulled the accused's vehicle over after he had noticed it travelling over the speed limit and drifting from the far side of the shoulder to the centre of the road and back again with the brake lights flickering. He noticed a smell of liquor coming from the accused, whose eyes were red and glassy. When asked, the accused admitted that he had been drinking. The officer then made a demand for a breath sample for an ALERT roadside screening test pursuant to s. 254(2) of the *Criminal Code*, which provides that a police officer may demand that a driver provide a sample of breath “forthwith” when the officer suspects that the driver has alcohol in the body. The accused complied and the screening device recorded a “fail” result. The officer stated that when he obtained the fail reading he formed the opinion that the accused's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. He read him the standard breathalyzer demand and took him to the police station, where the accused provided two breath samples, both of which were well over the prescribed limit of .08.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Nathen Bernshaw** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. BERNSHAW

N° du greffe: 23748.

Audition et jugement: 7 octobre 1994.

Motifs déposés: 27 janvier 1995.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Véhicules à moteur — Ordre de soumettre un échantillon d'haleine — Test de détection routier — Policier autorisé à ordonner à un conducteur de soumettre «immédiatement» un échantillon d'haleine pour un test de détection — Un «échec» fournit-il en soi des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest? — Un policier doit-il déterminer le moment de la dernière consommation ou attendre 15 minutes avant de faire subir un test de détection? — Le terme «immédiatement» signifie-t-il tout de suite ou peut-il comporter un délai de 15 minutes? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2), (3).*

Un policier a intercepté le véhicule de l'accusé après avoir remarqué qu'il circulait à une vitesse excessive et avoir vu la voiture aller du fond de l'accotement jusqu'au centre de la route, et les feux de freinage s'allumer et s'éteindre. Il a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'accusé, qui avait les yeux rouges et vitreux. L'accusé a répondu par l'affirmative au policier qui lui a demandé s'il avait consommé de l'alcool. Le policier lui a alors ordonné de se soumettre à un test ALERT conformément au par. 254(2) du *Code criminel*, qui permet à un policier qui soupçonne la présence d'alcool dans l'organisme d'un conducteur d'ordonner à celui-ci de lui fournir «immédiatement» un échantillon d'haleine. L'accusé a obtempéré et l'appareil de détection a enregistré un «échec». Le policier a indiqué que c'est à ce moment qu'il s'est fait l'opinion que la capacité de l'accusé de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool. Il lui a lu l'ordre type de se soumettre à un alcootest et l'a conduit au poste de police, où il a fourni deux échantillons d'haleine, qui ont tous deux

At trial an expert witness testified that the presence of alcohol in the mouth of a person being tested can falsely elevate the reading on a screening device and give a false result. Thus, police officers were advised to ascertain when the last drink was consumed and, if they were unable to do so, to wait 15 minutes before administering the test. The RCMP screening device course manual recommended a delay of 15 minutes in order to allow mouth alcohol to dissipate. The manufacturer's operation manual recommended waiting 20 minutes before administering the ALERT test where the subject had recently had a drink, or regurgitated or vomited, to allow any mouth alcohol to be dispersed. The accused argued that the results of the breathalyzer test should be excluded on the grounds that the officer did not have the reasonable and probable grounds required to make the breathalyzer demand because he knew or ought to have known that the fail result recorded on the screening device might have been inaccurate due to the presence of mouth alcohol. The trial judge nonetheless admitted the breathalyzer test results and the accused was convicted of having care and control of a vehicle with a blood alcohol level of over .08. His summary conviction appeal was dismissed, but the Court of Appeal set aside the conviction and substituted a verdict of acquittal.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin and Major JJ.: Where a police officer believes on reasonable and probable grounds that a person has committed an offence pursuant to s. 253 of the *Code*, the officer may demand a breathalyzer. Section 254(3) of the *Code* requires that the police officer subjectively have an honest belief that the suspect has committed the offence and objectively there must exist reasonable grounds for this belief. Parliament has set up a statutory scheme whereby a screening test can be administered by the police merely upon entertaining a reasonable suspicion that alcohol is in a person's body. A "fail" result may be considered, along with any other indicia of impairment, in order to provide the police officer with the necessary reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer. A "fail" result *per se*, however, may not provide reasonable and probable grounds. Where there is evidence that the police officer knew that the suspect had recently consumed alcohol and expert evidence shows that the subsequent screening test would be unreliable due to the presence of alcohol in the mouth, it

indiqué un alcoolémie dépassant de beaucoup la limite prévue de ,08. Au procès, un témoin expert a indiqué que la présence de traces d'alcool dans la bouche d'une personne soumise à un test pouvait faussement élever le résultat sur l'appareil de détection et donner un résultat erroné. Ainsi, les policiers avaient été informés qu'ils devaient déterminer le moment de la dernière consommation et qu'ils devaient, dans le cas où ils n'étaient pas en mesure de le faire, attendre 15 minutes avant de faire subir le test. Le manuel de formation de la GRC concernant l'appareil de détection recommande un délai de 15 minutes afin que toute trace d'alcool dans la bouche puisse s'évaporer. Le manuel du fabricant de l'appareil recommande une période d'attente de 20 minutes avant de faire subir le test ALERT si le sujet a récemment pris une consommation, éructé ou régurgité, afin que toute trace d'alcool dans la bouche puisse s'évaporer. L'accusé soutient que les résultats de l'alcootest devraient être écartés car le policier n'avait pas les motifs raisonnables requis pour lui ordonner de se soumettre à ce test, parce qu'il savait ou aurait dû savoir que l'échec enregistré sur l'appareil de détection pouvait être inexact à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. Néanmoins, le juge du procès a admis les résultats de l'alcootest et a déclaré l'accusé coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie de plus de ,08. L'appel de la déclaration de culpabilité par procédure sommaire a été rejeté, mais la Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et rendu un verdict d'acquiescement.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Major: Lorsqu'un policier a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction à l'art. 253 du *Code*, il peut lui ordonner de se soumettre à un alcootest. En vertu du par. 254(3) du *Code*, le policier doit subjectivement croire sincèrement que le suspect a commis l'infraction et, objectivement, cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables. Le législateur a établi un régime législatif qui permet au policier de faire subir un test de détection lorsqu'il a simplement des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme d'une personne. Le policier peut tenir compte d'un «échec» ainsi que de tout autre signe d'ébriété pour déterminer qu'il a des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. Toutefois, un «échec» peut ne pas fournir en soi des motifs raisonnables. Lorsqu'il existe une preuve que le policier savait que le suspect avait récemment consommé de l'alcool et que la preuve d'expert démontre que l'on ne peut se fier au test de détection à cause de la présence d'alcool dans la bouche, on ne peut, en droit, affirmer que les critères subjectif et

cannot be decreed, as a matter of law, that both the subjective and objective tests have been satisfied. The requirement in s. 254(3) that reasonable and probable grounds exist is not only a statutory but a constitutional requirement as a precondition to a lawful search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

If the scientific evidence establishes a high degree of unreliability when certain conditions prevail, and if a police officer knows, for example based on his or her training, that the resultant screening device will provide inaccurate results where a suspect has consumed alcohol within the 15 minutes prior to administering the test, we cannot, as a matter of law, tell a police officer that his honest answer as to his belief that there were no reasonable and probable grounds is wrong.

While the screening test should be administered as soon as possible, the fact that there is a two-hour limit for the breathalyzer test suggests that a 15-minute delay would not offend the provision nor the scheme of s. 254 of the *Code*. The statutory provisions must allow the time required to take a proper test. Under s. 254(2), the police officer is specifically entitled to demand a breath sample which enables a proper analysis of the breath. This flexible approach is in accord with the purpose of the statutory scheme and ensures that a police officer has an honest belief based on reasonable and probable grounds prior to making a breathalyzer demand. Waiting 15 minutes is permitted under s. 254(2) of the *Code* when this is in accordance with the exigencies of the use of the equipment. It strikes the proper balance between Parliament's objective in combatting the evils of drinking and driving, on the one hand, and the rights of citizens to be free from unreasonable search and seizure.

While there were several other potential indicia of impairment in this case aside from the evidence provided by the screening test, the police officer apparently did not form a belief based on reasonable and probable grounds until after administering the roadside screening test. Assuming this to be the case, he was entitled to rely on the "fail" result of the screening test, however, since there was no evidence with respect to the timing of the accused's last drink. Thus, it is too speculative to assert that the screening device result was unreliable. Where the particular screening device used has been approved under the statutory scheme, the officer is entitled to rely on its accuracy unless there is credible evidence to the contrary.

objectif ont été respectés. L'exigence de motifs raisonnables prévue au par. 254(3) est une exigence non seulement légale, mais aussi constitutionnelle, qu'il faut respecter, en vertu de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à titre de condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime.

Si la preuve scientifique établit que l'appareil de détection est loin d'être fiable en présence de certaines conditions et si un policier sait, par exemple à cause de la formation qu'il a reçue, que l'appareil donnera des résultats inexacts dans le cas où un suspect a pris une consommation dans les 15 minutes avant le test, on ne peut, en droit, dire à un policier que sa réponse sincère quant à sa croyance qu'il n'existait aucun motif raisonnable est erronée.

Bien que le test de détection doive être administré dès que possible, le fait qu'il faut tenir compte du délai de deux heures imparti pour l'analyse laisse entendre qu'un délai de 15 minutes n'irait pas à l'encontre du régime prévu à l'art. 254 du *Code* ni de son objet. Les dispositions législatives doivent accorder suffisamment de temps pour procéder à un test valable. Le paragraphe 254(2) prévoit expressément qu'un policier a le droit d'ordonner à une personne de lui fournir l'échantillon d'haleine nécessaire à l'analyse. Cette démarche souple est conforme à l'objet du régime législatif et garantit qu'un policier a une conviction sincère fondée sur des motifs raisonnables avant d'ordonner un alcootest. Le paragraphe 254(2) du *Code* permet d'attendre 15 minutes si cela est conforme aux exigences d'utilisation de l'appareil. La démarche permet aussi d'établir l'équilibre approprié entre l'objectif du législateur dans sa lutte contre les méfaits de la conduite en état d'ébriété, d'une part, et les droits des citoyens de ne pas faire l'objet de fouilles, de perquisitions ou de saisies abusives, d'autre part.

Il existait en l'espèce plusieurs autres signes d'ébriété à part la preuve fournie par le test de détection, mais le policier n'a apparemment acquis une croyance fondée sur des motifs raisonnables qu'après avoir fait subir le test de détection. En supposant que ce soit le cas, il avait toutefois le droit de se fier à «l'échec» au test de détection puisqu'il n'existait aucune preuve quant au moment de la dernière consommation de l'accusé. Ce serait donc que pure conjecture que d'affirmer que le résultat de l'appareil de détection n'était pas fiable. Dans le cas où l'appareil de détection utilisé a été approuvé en vertu du régime législatif, le policier peut se fier à l'exactitude de cet appareil, sauf s'il existe une preuve crédible à l'effet contraire.

*Per Lamer C.J. and Cory and Iacobucci JJ.:* Drinking and driving leaves a terrible trail of death, injury, heart-break and destruction. To address this problem, Parliament enacted a two-stage statutory scheme set out in s. 254(2) and (3) of the *Criminal Code* to provide a means of testing for driver impairment. The first stage sets out a means of screening drivers and is a preliminary investigation aimed at determining whether a driver may constitute a danger to the public because of alcohol in his system. At the second stage, the statutory scheme is aimed at precisely determining the driver's level of alcohol. It is only at this second stage that it will be ascertained whether the alcohol level is over the prescribed limit, thus constituting a criminal offence. The ALERT testing devices are tools approved for use at the first stage. They provide a means whereby drivers can be quickly screened, and cause far less inconvenience to drivers than would a breathalyzer test.

The ALERT test is to be carried out "forthwith", which should be interpreted as meaning "immediately". Section 254(2) does not anticipate, require or include a 15-minute delay to allow residual mouth alcohol to dissipate either prior to making the demand or prior to administering the test. This 15-minute postponement would only be necessary to accommodate drinkers with indigestion or, more frequently, those who see fit to take a drink shortly before driving their car. It is entirely reasonable that the driver who does take a drink in those circumstances should be prepared to accept the consequences. If, as a consequence of taking a drink shortly before driving, there is in fact an unusually high level of residual mouth alcohol, the results of the false ALERT reading will be rectified by the breathalyzer test, which requires a 15-minute observation period before it is performed. The requirement to undergo the ALERT testing immediately should be regarded as one of the obligations that flow from the right to drive. An impaired driver is a potentially lethal hazard that must be detected and removed from the road as quickly as possible. The ability to administer the test immediately helps to protect the public by detecting those who may be a danger. The relatively rare occasions on which an ALERT test may be erroneous as a result of the driver consuming a very recent drink must be tolerated in the interest of the safety of the public.

The flexible approach to s. 254(2), whereby a police officer may postpone the administration of the test for

*Le juge en chef Lamer et les juges Cory et Iacobucci:* L'ivresse au volant entraîne énormément de décès, de blessures, de peine et de destruction. Pour remédier à ce problème, le législateur a adopté un régime législatif en deux étapes, les par. 254(2) et (3) du *Code criminel*, comme moyen de vérifier si les facultés des conducteurs sont affaiblies. La première étape offre un moyen de découvrir les conducteurs dont les facultés sont affaiblies et constitue un examen préliminaire visant à déterminer si un conducteur peut constituer un danger pour le public à cause de l'alcool qu'il a consommé. À la seconde étape, il s'agit de déterminer précisément l'alcoolémie du conducteur. C'est seulement à cette seconde étape que l'on examinera si l'alcoolémie est supérieure à la limite établie, auquel cas la personne a commis une infraction criminelle. Les appareils de détection ALERT sont des instruments approuvés pour utilisation au cours de la première étape. Ces appareils offrent un moyen de détection rapide et cause beaucoup moins d'inconvénients à un conducteur que l'alcootest.

Le test ALERT doit être effectué «immédiatement», terme auquel il faut donner le sens de «tout de suite». Le paragraphe 254(2) ne prévoit, n'exige ni n'inclut un délai de 15 minutes pour que toute trace possible d'alcool dans la bouche puisse s'évaporer, soit avant l'ordre de fournir un échantillon d'haleine soit avant de procéder au test. Il n'y aurait lieu d'attendre 15 minutes que si une personne a une indigestion ou si, ce qui est plus fréquent, elle juge bon de prendre un verre juste avant de prendre le volant. Il semble tout à fait raisonnable d'affirmer que le conducteur qui prend un verre dans ces circonstances devrait être disposé à accepter les conséquences de son acte. Si une personne a un taux résiduel d'alcool inhabituellement élevé dans la bouche parce qu'elle a pris un verre juste avant de prendre le volant, les résultats erronés du test ALERT seront rectifiés par l'alcootest, qui doit être précédé d'une période d'observation de 15 minutes avant d'être effectué. L'exigence de se soumettre immédiatement au test ALERT devrait être considérée comme l'une des obligations qui découlent du droit de conduire. Un conducteur dont les facultés sont affaiblies présente un danger mortel qu'il faut détecter et écarter de la circulation dès que possible. La possibilité de faire subir le test tout de suite aide à protéger le public en détectant les personnes susceptibles de constituer un danger. Dans l'intérêt de la sécurité du public, il faut accepter qu'il y aura des cas relativement rares où le test ALERT pourra donner des résultats erronés du fait que le conducteur a consommé de l'alcool juste avant de partir.

Il n'y a pas lieu d'adopter la démarche souple à l'égard du par. 254(2), selon laquelle un policier peut

15 minutes where he or she is of the opinion that a breath sample will be contaminated because of the presence of mouth alcohol, should not be adopted. The demand for an ALERT test must be made immediately in every situation when a reasonable suspicion of alcohol in the body has been established. The wording of the *Code* indicates that a 15-minute delay is not contemplated by the two-stage screening and testing procedure set out in s. 254(2) and (3). The whole scheme anticipates a very brief detention and immediate application of the screening test. As well, a delay of 15 minutes might not be justified under s. 1 of the *Charter*.

Once a police officer has a reasonable suspicion of alcohol in the body, the use of the ALERT test is warranted and the officer may rely on the results of that test in order to make a breathalyzer demand. The mere possibility that the ALERT test might have been inaccurate because of alcohol consumed shortly before driving and within the 15 minutes prior to the test is insufficient to invalidate the reasonableness of the officer's belief based on the result of the test.

*Per L'Heureux-Dubé J.:* The ALERT test, a device approved by Parliament, is, when properly administered to the knowledge of the officer, itself sufficient grounds to found the belief on reasonable and probable grounds required to warrant a breathalyzer demand. The present case requires this Court to adopt an approach to s. 254(2) and (3) that attempts to balance to the greatest extent possible the conflicting values underlying ss. 8 and 10(b) of the *Charter*. "Reasonable and probable grounds" is not only a statutory precondition to a breathalyzer demand but also a touchstone of the *Charter*, since under s. 8 individuals are not to be subject to unreasonable interference with their reasonable expectations of privacy. Such grounds ordinarily have both a subjective and an objective component. Roadside assessments of drivers' sobriety, however, are an activity in which the reasonable expectation of privacy is lower owing both to the nature of the activity and to the nature of the means available to regulate it. When individuals obtain a driver's licence, they accept the many responsibilities that come with that privilege and, most importantly, undertake a responsibility to others to conduct themselves safely on the nation's roadways. It is also common knowledge that impaired driving is dangerous and that the state must take certain measures to curb this pressing problem. Any reasonable expectation of privacy which people who drink and drive may entertain while in their vehicle is therefore lower with respect

retarder de 15 minutes l'administration du test s'il est d'avis qu'un échantillon d'haleine risque d'être contaminé par la présence d'alcool dans la bouche. Le policier doit donner à une personne l'ordre de se soumettre à un test ALERT dès qu'il a des motifs raisonnables de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme. Le libellé du *Code* n'indique pas qu'il faut attendre 15 minutes avant de faire subir au conducteur la procédure en deux étapes de détection et de contrôle visée aux par. 254(2) et (3). L'ensemble du régime se fonde sur une très brève période de détention et sur l'administration immédiate du test de détection. Aussi, un délai de 15 minutes pourrait ne pas se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Lorsqu'un policier a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme, l'utilisation du test ALERT est justifiée et le policier peut se fonder sur les résultats de ce test pour ordonner au conducteur de se soumettre à un alcootest. La simple possibilité que le test ALERT risque de donner des résultats inexacts en raison de la consommation d'alcool juste avant de conduire et dans les 15 minutes précédant le test ne suffit pas à invalider le caractère raisonnable de la croyance du policier fondée sur ces résultats.

*Le juge L'Heureux-Dubé:* Le test ALERT, un appareil approuvé par le législateur, peut, s'il est bien administré à la connaissance du policier, lui fournir les motifs suffisants requis pour fonder sa croyance en des motifs raisonnables pour requérir un alcootest. La présente affaire appelle la Cour à adopter, à l'égard des par. 254(2) et (3), une démarche qui vise à contrebalancer dans la mesure du possible les valeurs opposées qui sous-tendent le par. 8 et l'al. 10(b) de la *Charte*. L'existence de «motifs raisonnables» constitue non seulement une condition préalable prévue dans la loi à une demande d'alcootest, mais aussi une pierre angulaire de la *Charte*, puisqu'en vertu de l'art. 8, il ne peut être porté atteinte à la vie privée d'une personne de façon déraisonnable. Ces motifs raisonnables ont ordinairement un élément subjectif et un élément objectif. Cependant, la détermination de la sobriété des conducteurs en bordure de la route constitue une activité pour laquelle les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres tant à cause de la nature de l'activité que de celle des moyens prévus pour la réglementer. Lorsqu'une personne obtient un permis de conduire, elle accepte les nombreuses responsabilités qui accompagnent ce privilège et, par surcroît, s'engage envers les autres à conduire prudemment sur les routes du pays. Par ailleurs, il est de notoriété publique que la conduite avec facultés affaiblies est dangereuse et que l'État doit prendre certaines mesures pour enrayer ce problème urgent. Les attentes raison-

to assessments of their sobriety than with respect to most other activities that do not raise similar considerations. In the interests of certainty and given the very special context of both the problem of impaired driving and the means reasonably available to address that problem, some innovation with respect to the subjective component of "reasonable and probable grounds" is thus justifiable in order to further Parliament's manifest purpose of effectively addressing, curtailing, and deterring the bane of impaired driving through the screening test scheme.

Having regard to the values underlying s. 10(b) of the *Charter* and the fact that no penal consequences flow from the screening test results, officers should generally administer the ALERT test without delay. There may be circumstances, however, in which it is not only advisable but actually objectively necessary for the officer to wait a certain period of time in order to obtain a proper sample, such as to prevent damage to the device's detector cell due to smoke, or where the officer has actually seen the accused consume alcohol or belch or regurgitate.

Police are strongly encouraged to develop a standard practice in the future, which will enable the screening tests to be administered with greater ease and certainty. Namely, whenever the officer honestly believes that the motorist has engaged in activity within the last 15 minutes that could affect the reliability of the test, he or she should read a prepared statement to the motorist, advising that person of the reason for, and necessity of, the delay. The officer should not question the motorist as to recent consumption, but the reading of this statement may cause the motorist to volunteer additional information that will enable the officer to administer the test immediately. In any case, the officer will then be able to rely both reasonably and honestly on the screening test result as a basis for a breathalyzer demand. Administering the test in this manner ensures that the procedure is minimally impairing of the motorist's s. 10(b) rights, yet also remains as consistent as possible with the values underlying s. 8 of the *Charter*.

nables en matière de vie privée que peuvent avoir à l'intérieur de leur véhicule les personnes qui décident de prendre le volant lorsque leurs facultés sont affaiblies sont en conséquence moindres relativement à la détermination de leur sobriété qu'elles le seraient relativement à la plupart des autres activités qui ne soulèvent pas de considérations similaires. Pour assurer la certitude du régime et compte tenu du contexte très spécial tant du problème de la conduite avec facultés affaiblies que des moyens raisonnables pris pour enrayer ce fléau, il est justifié d'innover dans une certaine mesure relativement à l'élément subjectif de la norme des « motifs raisonnables » de façon à réaliser l'objet que le législateur visait manifestement, c'est-à-dire lutter efficacement contre le fléau de la conduite avec facultés affaiblies au moyen des tests de détection.

Compte tenu des valeurs sous-jacentes de l'al. 10b) de la *Charte* et du fait que les résultats du test de détection ne sont assortis d'aucune sanction pénale, les policiers devraient généralement faire subir le test ALERT sans délai. Par contre, il peut y avoir des cas où il est non seulement souhaitable mais en fait objectivement nécessaire que le policier attende un certain temps avant d'obtenir un échantillon approprié, par exemple pour ne pas endommager la cellule de détection de l'appareil parce que la personne a fumé, ou parce que le policier a effectivement vu la personne accusée consommer de l'alcool, éructer ou régurgiter.

La police est fortement encouragée à instituer pour l'avenir une procédure type qui permettrait d'administrer les tests de détection avec une facilité et une certitude plus grandes. Plus particulièrement, lorsque le policier croit sincèrement que, dans les 15 minutes précédentes, le conducteur s'est livré à une activité susceptible d'influer sur la fiabilité du test, il devrait lire au conducteur une formule type l'informant de la raison et de la nécessité du délai. Le policier ne devrait pas interroger le conducteur pour savoir s'il a récemment consommé de l'alcool, mais la lecture de cette formule donnera peut-être au conducteur l'occasion de fournir de son plein gré d'autres renseignements qui permettront au policier de faire subir le test immédiatement. De toute façon, le policier pourra alors se fier à la fois raisonnablement et sincèrement au résultat du test de détection pour ordonner au conducteur de se soumettre à un alcootest. Administrer ainsi le test fait en sorte que la procédure porte atteinte de façon minimale aux droits que l'al. 10b) garantit au conducteur, tout en étant aussi compatible que possible avec les valeurs qui sous-tendent l'art. 8 de la *Charte*.

Where an officer waits a reasonable amount of time in order to ensure that the ALERT test yields accurate results, this delay is not inconsistent with the requirement in s. 254(2) that the sample be provided "forthwith". The admission of breathalyzer evidence obtained in such circumstances, even if it were obtained in violation of the *Charter*, could hardly be seen to bring the administration of justice into disrepute.

In this case the officer was entitled to rely on the "fail" registered by the screening device as no evidence was adduced that suggested that the officer was aware of recent alcohol consumption or any other factors that could reasonably affect the reliability of the device.

*Per Gonthier J.*: L'Heureux-Dubé J.'s suggestions as to certain police procedures being desirable in the circumstances described, though not mandatory, were agreed with.

#### Cases Cited

By Sopinka J.

**Approved:** *R. v. Pierman*; *R. v. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704; **referred to:** *R. v. Callaghan*, [1974] 3 W.W.R. 70; *R. v. Belnavis*, [1993] O.J. No. 637 (QL); *R. v. Richard* (1993), 12 O.R. (3d) 260; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Richardson*, Ont. Prov. Div., October 31, 1990; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *R. v. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293; *R. v. Wonnacott* (1990), 23 M.V.R. (2d) 248 (Ont. Dist. Ct.), aff'd (1991), 5 O.R. (3d) 300 (C.A.); *R. v. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510; *R. v. Jackson* (1993), 147 A.R. 173; *R. v. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507.

By Cory J.

**Not followed:** *R. v. Pierman*; *R. v. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704; **approved:** *R. v. McNulty* (1991), 35 M.V.R. (2d) 27; *R. v. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507; *R. v. Dwernychuk* (1992), 77 C.C.C. (3d) 385, leave to appeal refused, [1993] 2 S.C.R. vii; *R. v. Marshall* (1989), 91 N.S.R. (2d) 211; *R. v. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570; *R. v. Leneal* (1990), 68 Man. R. (2d) 127; **referred to:** *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Gartrell* (1992), 72 C.C.C. (3d) 51; *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *R. v. Schmutz*, [1990] 1 S.C.R. 398; *Severn v. The Queen*

Dans le cas où un policier attend pendant une période raisonnable pour s'assurer de l'exactitude des résultats du test ALERT, ce délai n'est pas incompatible avec l'exigence que l'échantillon soit fourni «immédiatement», prévue au par. 254(2). Il serait difficile d'affirmer que l'utilisation de la preuve obtenue au moyen d'un alcootest dans de telles circonstances, même en contravention de la *Charte*, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En l'espèce, le policier pouvait se fier à l'échec enregistré par l'appareil de détection puisque l'on n'a présenté aucune preuve établissant que le policier était au courant d'une consommation récente d'alcool ou de l'existence d'autres facteurs qui auraient pu raisonnablement influencer sur la fiabilité de l'appareil.

*Le juge Gonthier*: Les propositions du juge L'Heureux-Dubé quant à certaines procédures policières qui seraient souhaitables dans les circonstances décrites sont acceptées à titre indicatif et non obligatoire.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt approuvé:** *R. c. Pierman*; *R. c. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704; **arrêts mentionnés:** *R. c. Callaghan*, [1974] 3 W.W.R. 70; *R. c. Belnavis*, [1993] O.J. No. 637 (QL); *R. c. Richard* (1993), 12 O.R. (3d) 260; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Richardson*, Div. prov. Ont., 31 octobre 1990; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *R. c. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293; *R. c. Wonnacott* (1990), 23 M.V.R. (2d) 248 (C. dist. Ont.), conf. par (1991), 5 O.R. (3d) 300 (C.A.); *R. c. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510; *R. c. Jackson* (1993), 147 A.R. 173; *R. c. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507.

Citée par le juge Cory

**Arrêt non suivi:** *R. c. Pierman*; *R. c. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704; **arrêts approuvés:** *R. c. McNulty* (1991), 35 M.V.R. (2d) 27; *R. c. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507; *R. c. Dwernychuk* (1992), 77 C.C.C. (3d) 385, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 2 R.C.S. vii; *R. c. Marshall* (1989), 91 N.S.R. (2d) 211; *R. c. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570; *R. c. Leneal* (1990), 68 Man. R. (2d) 127; **arrêts mentionnés:** *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Gartrell* (1992), 72 C.C.C. (3d) 51; *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *R. c. Schmutz*, [1990] 1 R.C.S.

(1878), 2 S.C.R. 70; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Dedman*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510; *R. v. Jackson* (1993), 147 A.R. 173.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 8, 10(b), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1(1).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. c. 27 (1st Supp.)], ss. 253 [rep. & sub. c. 32 (4th Supp.)], s. 59], 254 [am. c. 32 (4th Supp.)], s. 60], 258.

#### Authors Cited

Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Impaired Driving — Canada, 1991" (1992), 12:17 *Juristat* 1.  
 Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Impaired Driving — Canada, 1992" (1994), 14:5 *Juristat* 1.  
 Statistics Canada. Health Statistics Division. *Causes of Death 1992*. Ottawa: Statistics Canada, 1994.  
 Statistics Canada. Housing, Family and Social Statistics Division. *Accidents in Canada*. Ottawa: Statistics Canada, 1991.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 85 C.C.C. (3d) 404, 28 B.C.A.C. 247, 47 W.A.C. 247, 48 M.V.R. (2d) 246, reversing a decision of Millward J. affirming the accused's conviction by MacKenzie Prov. Ct.

398; *Severn c. The Queen* (1878), 2 R.C.S. 70; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Dedman*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510; *R. c. Jackson* (1993), 147 A.R. 173.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 8, 10(b), 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.)], art. 253 [abr. et rempl. ch. 32 (4<sup>e</sup> suppl.)], art. 59], 254 [mod. ch. 32 (4<sup>e</sup> suppl.)], art. 60], 258.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234.1(1).

#### Doctrine citée

Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1991» (1992), 12:17 *Juristat* 1.  
 Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1992» (1994), 14:5 *Juristat* 1.  
 Statistique Canada. Division des statistiques sur la santé. *Causes de décès 1992*. Ottawa: Statistique Canada, 1994.  
 Statistique Canada. Division des statistiques sociales, du logement et des familles. *Accidents au Canada*. Ottawa: Statistique Canada, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 85 C.C.C. (3d) 404, 28 B.C.A.C. 247, 47 W.A.C. 247, 48 M.V.R. (2d) 246, qui a infirmé une décision du juge Millward, qui avait confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé, prononcée par le juge MacKenzie de la Cour provinciale, pour avoir eu la



J. of having care and control of a vehicle with a blood alcohol level of over .08. Appeal allowed.

*William F. Ehrcke*, for the appellant.

*Robert A. Higinbotham*, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie de plus de ,08. Pourvoi accueilli.

*William F. Ehrcke*, pour l'appelante.

*Robert A. Higinbotham*, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Cory et Iacobucci rendus par

<sup>1</sup> CORY J. — The issue raised on this appeal is the manner in which the various types of roadside screening tests (the ALERT test) should be administered. Specifically, should a police officer who suspects a driver of having alcohol in the body administer the ALERT test immediately, or must there be a 15- to 20-minute waiting period in order to allow any possible residual mouth alcohol to evaporate?

#### The Factual Background

<sup>2</sup> At about 10:35 p.m. on an April evening in 1991, Constable Mashford noticed a car travelling at 65 km in a 50 km zone. On two occasions he saw the car drift from the far side of the shoulder to the centre of the road and back again with the brake lights flickering. He was concerned and pulled the vehicle over. At 10:36 p.m., the officer asked the respondent for his licence and the car registration papers. He noticed a smell of liquor coming from the respondent, whose eyes were red and glassy. He asked the respondent if he had been drinking and he replied that he had. At this point the officer made a demand for a breath sample for the ALERT device. The respondent complied. The screening device, an Alcolmeter S-L2, recorded a "fail" mark.

<sup>3</sup> The officer stated that when he obtained the fail reading he formed the opinion that the respondent's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. As a result of this decision, the officer testified that he read the respondent the standard breathalyzer demand, advised him of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and advised him of the availability of

LE JUGE CORY — La question soulevée dans le présent pourvoi porte sur la façon dont les divers types de tests de détection (le test ALERT) devraient être administrés. Plus particulièrement, lorsqu'un policier soupçonne la présence d'alcool dans l'organisme d'un conducteur, doit-il lui faire subir le test ALERT immédiatement ou doit-il attendre entre 15 et 20 minutes pour que toute trace possible d'alcool dans la bouche puisse s'évaporer?

#### Le contexte factuel

Vers 22 h 35 un soir d'avril 1991, l'agent Mashford a remarqué une voiture qui circulait à une vitesse de 65 km/h dans une zone de 50 km/h. À deux reprises, il a vu la voiture aller du fond de l'accotement jusqu'au centre de la route, et les feux de freinage s'allumer et s'éteindre. Inquiet, il a intercepté le véhicule. À 22 h 36, le policier a demandé à l'intimé son permis de conduire et les documents d'immatriculation du véhicule. Il a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'intimé, qui avait les yeux rouges et vitreux. Le policier a demandé à l'intimé s'il avait consommé de l'alcool et celui-ci lui a répondu par l'affirmative. Il a alors ordonné à l'intimé de se soumettre à un test ALERT. L'intimé a obtempéré. L'appareil de détection, un alcoomètre S-L2, a enregistré un «échec».

Le policier a indiqué que c'est à ce moment qu'il s'est fait l'opinion que la capacité de l'intimé de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool. Après avoir pris cette décision, le policier a dit qu'il avait lu à l'intimé l'ordre type de se soumettre à un alcootest, qu'il l'avait informé de ses droits en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il lui avait com-

legal aid and duty counsel. The respondent was taken to the police station. There he was given a list of legal aid lawyers and advised that he could make a phone call if he wished to do so. The respondent specifically declined to call a lawyer and provided two breath samples, 18 minutes apart, both of which were well over the prescribed limit of .08.

Mr. Benny Wong, as an expert witness, testified on behalf of the respondent pertaining to the procedures that are involved in the breathalyzer test and the screening device test. He stated that the presence of alcohol in the mouth of a person being tested can falsely elevate the reading on a screening device. Mr. Wong also stated that police officers were advised to ascertain when the last drink was consumed and, if they were unable to do so, they should wait 15 minutes before administering the approved screening device test.

Evidence was also adduced that the ALERT manufacturer's operation manual advised that mouth alcohol may falsely raise the reading on a screening device test. Further, the manual indicated that an inaccurate and elevated reading would be obtained if the driver who had been drinking burped or regurgitated. In each of these circumstances, the manufacturer recommended waiting 20 minutes before administering the ALERT test.

In this case, the officer was not asked questions pertaining to his training. In particular, he was not asked whether he had been advised to find out when the driver's last drink had been consumed or to wait 15 minutes before administering the test. On the other hand, there was no evidence adduced which would indicate that the respondent had taken a drink within 15 minutes prior to taking the ALERT test.

The respondent argued that the results of the breathalyzer test should be excluded on the grounds that the constable did not have the reason-

muniqué l'existence des services d'aide juridique et d'avocats de garde. L'intimé a été conduit au poste de police. On lui a alors remis une liste des avocats de l'aide juridique et on l'a informé qu'il pouvait faire un appel téléphonique s'il le désirait. L'intimé a explicitement refusé d'appeler un avocat et il a fourni deux échantillons d'haleine, à 18 minutes d'intervalle, qui ont tous deux indiqué un alcoolémie dépassant de beaucoup la limite prévue de ,08.

M. Benny Wong, en qualité d'expert, a témoigné en faveur de l'intimé relativement aux procédures entourant l'alcootest et le test de détection. Il a indiqué que la présence de traces d'alcool dans la bouche d'une personne soumise à un test pouvait faussement élever le résultat sur l'appareil de détection. M. Wong a aussi indiqué que les policiers avaient été informés qu'ils devaient déterminer le moment de la dernière consommation et qu'ils devaient, dans le cas où ils n'étaient pas en mesure de le faire, attendre 15 minutes avant de faire subir un test au moyen de l'appareil de détection approuvé.

On a également déposé en preuve le manuel du fabricant de l'appareil ALERT, dans lequel il est mentionné d'une part, que des traces d'alcool dans la bouche peuvent faussement élever la lecture obtenue et d'autre part, qu'une lecture élevée et inexacte risque d'être obtenue si le conducteur a érécté ou régurgité. Dans chacun de ces cas, le fabricant recommandait une période d'attente de 20 minutes avant de faire subir le test ALERT.

En l'espèce, le policier n'a pas été interrogé sur la formation qu'il avait reçue. Plus particulièrement, on ne lui a pas demandé s'il avait été informé qu'il devait s'enquérir du moment où le conducteur avait pris sa dernière consommation ou attendre 15 minutes avant de faire subir le test. Par contre, on n'a pas présenté de preuve qui indiquerait que l'intimé avait pris une consommation dans les 15 minutes précédant le test ALERT.

L'intimé soutient que les résultats de l'alcootest devraient être écartés parce que le policier n'avait pas les motifs raisonnables requis pour lui ordon-

able and probable grounds required to make the breathalyzer demand. It was contended that the constable lacked these requisite grounds because he knew or ought to have known that the fail result recorded on the screening device might have been inaccurate due to the presence of mouth alcohol. The trial court judge, nonetheless, admitted the breathalyzer test results and the respondent was convicted of having care and control of a vehicle "over .08" contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The summary conviction appeal was dismissed. However, the Court of Appeal for British Columbia set aside the conviction and substituted a verdict of acquittal: (1993), 85 C.C.C. (3d) 404, 28 B.C.A.C. 247, 47 W.A.C. 247, 48 M.V.R. (2d) 246.

### Relevant Statutory Provisions

#### *Criminal Code*

**253.** Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

**254.** (1) In this section and sections 255 to 258,

"approved instrument" means an instrument of a kind that is designed to receive and make an analysis of a sample of the breath of a person in order to measure the concentration of alcohol in the blood of that person and is approved as suitable for the purposes of section 258 by order of the Attorney General of Canada;

ner de se soumettre à ce test. On a soutenu que le policier n'avait pas les motifs nécessaires de le faire parce qu'il savait ou aurait dû savoir que l'échec enregistré sur l'appareil de détection pouvait être inexact à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. Néanmoins, le juge du procès a admis les résultats de l'alcootest et a déclaré l'intimé coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie de «plus de ,08», en contravention de l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L'appel de la déclaration de culpabilité par procédure sommaire a été rejeté. Cependant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé la déclaration de culpabilité et rendu un verdict d'acquiescement: (1993), 85 C.C.C. (3d) 404, 28 B.C.A.C. 247, 47 W.A.C. 247, 48 M.V.R. (2d) 246.

### Les dispositions législatives pertinentes

#### *Code criminel*

**253.** Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants:

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

**254.** (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 255 à 258.

«alcootest approuvé» Instrument d'un type destiné à recueillir un échantillon de l'haleine d'une personne et à en faire l'analyse en vue de déterminer l'alcoolémie de cette personne et qui est approuvé pour l'application de l'article 258 par un arrêté du procureur général du Canada.

“approved screening device” means a device of a kind that is designed to ascertain the presence of alcohol in the blood of a person and that is approved for the purposes of this section by order of the Attorney General of Canada;

«appareil de détection approuvé» Instrument d'un genre conçu pour déceler la présence d'alcool dans le sang d'une personne et approuvé pour l'application du présent article par un arrêté du procureur général du Canada.

(2) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is operating a motor vehicle or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft or of railway equipment or who has the care or control of a motor vehicle, vessel or aircraft or of railway equipment, whether it is in motion or not, has alcohol in the person's body, the peace officer may, by demand made to that person, require the person to provide forthwith such a sample of breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of the breath to be made by means of an approved screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of breath to be taken.

(2) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme de la personne qui conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef, ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour l'analyser à l'aide d'un appareil de détection approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(3) Where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under section 253, the peace officer may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require that person to provide then or as soon thereafter as is practicable

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'article 253 peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible de lui fournir immédiatement ou dès que possible les échantillons suivants:

(a) such samples of the person's breath as in the opinion of a qualified technician . . .

a) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie;

are necessary to enable proper analysis to be made in order to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

Aux fins de prélever les échantillons de sang ou d'haleine, l'agent de la paix peut ordonner à cette personne de le suivre.

### Decisions of the Courts Below

### Les décisions d'instance inférieure

#### *A. British Columbia Provincial Court*

#### *A. La Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

MacKenzie Prov. Ct. J. held that the Crown had no obligation to prove that the screening device was operating properly in order for a police officer to rely on a “fail” reading. Further, the Crown need

Le juge MacKenzie a conclu que le ministère public n'était pas tenu d'établir que l'appareil de détection fonctionnait bien pour permettre à un policier de se fier à «l'échec» enregistré sur l'appa-

not adduce evidence to show what a “fail” reading means in order for the police officer to rely on it to establish reasonable and probable grounds to believe the driver is impaired.

<sup>9</sup> He held that evidence which tends to show the possible reduced reliability of the screening device does not preclude a police officer from relying on it to establish reasonable and probable grounds to believe the offence was committed. He found that “it is clear from the different wording in the respective sections dealing with ALERT demands and breathalyzer demands that parliament intended there to be a difference between the two procedures and possible consequences”; and that this was “why there is a requirement in [s. 254(2)] for an immediate or forthwith compliance with the demand, whereas in [s. 254(3)] the demand is forthwith or as soon as practicable”. Furthermore, “the consequences of failing the respective devices are dramatically different”.

<sup>10</sup> MacKenzie *Prov. Ct. J.* relied on the decisions in *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, and in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, as the basis for concluding that the word “forthwith” in s. 254(2) of the *Criminal Code* meant that an officer was to administer the approved screening device test without observing a 15-minute waiting period. He stated that “this inconvenience or possibility of a false high reading is a reasonable price to pay in an attempt to effectively deal with the problem of impaired driving”. He found that the fail result from the approved screening device provided the constable with reasonable and probable grounds to make a breathalyzer demand and, since there were no *Charter* violations, admitted the evidence of the breathalyzer test results.

#### B. *British Columbia Supreme Court*

<sup>11</sup> Millward J. held that s. 254(2) should be interpreted so that “in appropriate circumstances” a

reil. Le ministère public n’a pas non plus à présenter de preuve visant à déterminer ce que signifie l’enregistrement d’un «échec» sur lequel le policier peut se fonder pour établir qu’il avait des motifs raisonnables de croire que les facultés du conducteur étaient affaiblies.

Selon le juge MacKenzie, la preuve qui tend à établir que la fiabilité de l’appareil de détection est peut-être réduite n’empêche pas un policier de s’y fier pour établir qu’il avait des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise. Il a conclu que [TRADUCTION] «puisque le législateur a formulé différemment les dispositions visant à permettre à un policier d’ordonner à une personne de se soumettre à un test ALERT ou à un alcootest, il voulait de toute évidence qu’il existe une différence entre ces deux procédures et leurs conséquences possibles»; et «c’est pourquoi [le par. 254(2)] exige que la personne obtempère immédiatement à l’ordre, alors que [le par. 254(3)] prévoit qu’elle doit le faire immédiatement ou dès que possible». Par ailleurs, «les conséquences d’un échec à l’un ou l’autre de ces tests sont extrêmement différentes».

Le juge MacKenzie se fonde sur les arrêts *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, et *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, pour conclure que le terme «immédiatement» au par. 254(2) du *Code criminel* signifie qu’un policier doit utiliser un appareil de détection approuvé sans attendre une période de 15 minutes. À son avis, [TRADUCTION] «cet inconvénient ou la possibilité d’obtenir une lecture faussée élevée est un prix raisonnable à payer lorsque l’on tente de lutter efficacement contre le problème de la conduite avec facultés affaiblies». Il a conclu que l’échec découlant de l’utilisation de l’appareil de détection approuvé avait donné au policier des motifs raisonnables d’ordonner au conducteur de se soumettre à un alcootest; enfin, puisqu’il n’y avait pas eu violation de la *Charte*, le juge MacKenzie a admis la preuve des résultats de l’alcootest.

#### B. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge Millward a conclu que le par. 254(2) devrait être interprété de façon à exiger qu’un poli-

police officer should take reasonable precautions to ensure that the approved screening device is likely to give a fair and appropriate reading. Millward J. concluded that “that is a fair reading and that is the proper reading to be given on a simple, straightforward interpretation of the words of the section”. He concluded that, in the present case, the constable did not reasonably ensure the reading would be accurate because he did not wait 15 minutes to allow mouth alcohol to dissipate.

However, Millward J. felt compelled to follow the guidelines established in *R. v. Gartrell* (1992), 72 C.C.C. (3d) 51 (B.C.S.C.), in which it was held that when an officer was in possession of a roadside screening device at the time of the detention, the test should be administered as quickly as possible. Therefore he upheld the conviction.

C. *British Columbia Court of Appeal* (1993), 85 C.C.C. (3d) 404

1. Per Hutcheon J.A.

Hutcheon J.A. observed that, on the basis of the evidence, one could not say that the officer believed on reasonable and probable grounds that the respondent had committed an offence under s. 253 “so as to justify a demand for a sample of breath” (p. 410). He found that the officer required a result of “fail” to raise his suspicion to a belief on reasonable and probable grounds, and concluded (at p. 410) that:

In my view, it follows that if the result “Fail” may be unreliable to the knowledge of the police officer, he cannot be said to believe on reasonable and probable grounds that the further test was justified. It would not be reasonable for the officer to have the belief on the basis of a result that may be unreliable.

In my opinion, the failure of the police officer to take the precautions necessary to ensure the reliability of the test by the screening device leads to the conclusion that he did not have reasonable and probable ground to make

cier prene, dans les [TRADUCTION] «circonstances appropriées», des précautions raisonnables pour que l'appareil de détection approuvé donne vraisemblablement une lecture juste et convenable. Le juge Millward a conclu que [TRADUCTION] «c'est une interprétation juste et correcte découlant d'une interprétation simple et directe du libellé de la disposition». À son avis, le policier n'avait pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer de l'exactitude du résultat parce qu'il n'a pas attendu 15 minutes pour permettre l'évaporation des traces d'alcool présentes dans la bouche.

Cependant, le juge Millward s'est cru obligé de suivre les lignes directrices établies dans l'affaire *R. c. Gartrell* (1992), 72 C.C.C. (3d) 51 (C.S.C.-B.), dans laquelle on a statué que le policier doit procéder dès que possible au test s'il a un appareil de détection en sa possession au moment de la détention. Il a en conséquence confirmé la déclaration de culpabilité.

C. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1993), 85 C.C.C. (3d) 404

1. Le juge Hutcheon

Le juge Hutcheon a indiqué que l'on ne pouvait, à partir de la preuve, affirmer que le policier avait des motifs raisonnables de croire que l'intimé avait commis une infraction à l'art. 253 [TRADUCTION] «justifiant l'ordre de fournir un échantillon d'haleine» (p. 410). À son avis, le policier a eu besoin du résultat négatif enregistré sur l'appareil avant que ses soupçons ne deviennent des motifs raisonnables; le juge conclut, à la p. 410:

[TRADUCTION] À mon avis, il s'ensuit que si «l'échec» risque, à la connaissance du policier, de ne pas être fiable, on ne peut affirmer qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'il était justifié de procéder à l'autre test. Il ne serait pas raisonnable qu'il ait cette croyance sur le fondement d'un résultat susceptible de ne pas être fiable.

À mon avis, l'omission par le policier de prendre les précautions nécessaires pour s'assurer de la fiabilité du test de détection m'amène à la conclusion qu'il n'avait pas de motifs raisonnables de donner l'ordre visé au par.

the demand under s. 254(3). It follows that the evidence of the breathalyzer readings is not admissible.

## 2. *Per McEachern C.J.B.C.* (concurring)

14 McEachern C.J.B.C. stated that the result reached by Hutcheon J.A. was legally correct because the language of the *Criminal Code* and the evidence adduced at the trial “admits no other conclusion” (p. 405). He found that the *Criminal Code* established a procedure to obtain a breath sample for analysis which was to be followed before the results of that analysis became admissible at trial. He concluded (at pp. 406-7) that:

... the officer made it clear that he only formed the opinion that an offence had been committed when he got the “Fail” reading.

It follows, therefore, that the officer did not have authority to demand the second sample for analysis, and the results of that analysis were, accordingly, inadmissible.

The learned judges in the courts below concluded that s. 254(3) of the *Code* requires the breath sample to be taken as soon as practicable. With respect, that is another question. Without reasonable and probable grounds, there is no authority to demand a sample at all.

However, I do not wish to be understood as saying that in the absence of information about when the last drink was taken, the police cannot detain a suspected driver until the required period has elapsed . . . . I only decide that the police cannot use a questionable reading as *the* basis for reasonable and probable grounds for a breathalyzer demand. [Emphasis in original.]

### Issues on Appeal

1. Did the Court of Appeal err in law by reading into s. 254(2) of the *Criminal Code* a requirement that a peace officer either ascertain when a subject consumed his last drink of alcohol or wait for a period of 15 minutes before administering an approved screening device test?

254(3). Il s'ensuit que les résultats de l'alcootest ne sont pas admissibles en preuve.

## 2. *Le juge en chef McEachern* (motifs concordants)

Selon le juge en chef McEachern, le juge Hutcheon est arrivé à un résultat juridiquement correct parce que le libellé du *Code criminel* et les éléments de preuve déposés au procès [TRADUCTION] «ne laissent place à aucune autre conclusion» (p. 405). À son avis, le *Code criminel* établit une procédure d'obtention d'un échantillon d'haleine pour analyse, qui doit être respectée pour que les résultats de l'analyse puissent devenir admissibles au procès. Il a conclu, aux pp. 406 et 407:

[TRADUCTION] . . . le policier a clairement dit que ce n'est qu'au moment où l'appareil a indiqué un «échec» qu'il s'est fait l'opinion qu'une infraction avait été commise.

En conséquence, il s'ensuit que le policier n'était pas fondé à demander le second échantillon pour analyse, et les résultats de cette analyse n'étaient «donc» pas admissibles.

Les juges des juridictions inférieures ont conclu que le par. 254(3) du *Code* exige que l'échantillon d'haleine soit fourni dès que possible. Avec égards, il s'agit d'une toute autre question. En l'absence de motifs raisonnables, l'ordre de fournir un échantillon n'est aucunement justifié.

Cependant, je ne voudrais pas que l'on croit qu'à mon avis la police, en l'absence de renseignements sur le moment de la dernière consommation, ne peut détenir un conducteur suspect avant l'écoulement de la période requise. [. . .] J'affirme seulement que la police ne peut se servir d'un résultat douteux comme *le* fondement des motifs raisonnables à l'appui d'un ordre de se soumettre à un alcootest. [En italique dans l'original.]

### Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en affirmant que le par. 254(2) du *Code criminel* exigeait qu'un agent de la paix, soit détermine le moment de la dernière consommation, soit attende 15 minutes avant de faire subir un test au moyen d'un appareil de détection approuvé?

2. Did the Court of Appeal err in law in ruling that unless a peace officer either ascertains when a driver consumed his last drink of alcohol or waits at least 15 minutes before administering an approved screening device test, then he cannot rely on a fail reading on the approved screening device test in making a breathalyzer demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*?
  3. Did the Court of Appeal err in law in ruling, contrary to the decision in *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183, that the results of an analysis of breath samples performed with an approved breathalyzer instrument are automatically inadmissible in evidence if the Crown has not proved that the officer who made the demand for breath samples had reasonable and probable grounds as set out in s. 254(3) of the *Criminal Code*?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant qu'un agent de la paix ne peut, sauf s'il a déterminé quand le conducteur a pris sa dernière consommation ou s'il a attendu 15 minutes avant de lui faire subir un test au moyen d'un appareil de détection approuvé, se fonder sur un échec enregistré par cet appareil pour lui ordonner de se soumettre à un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*?
  3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant, contrairement à ce qui avait été établi par l'arrêt *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183, que les résultats d'une analyse des échantillons d'haleine effectuée au moyen d'un alcootest approuvé sont automatiquement inadmissibles en preuve si le ministère public n'a pas établi que le policier qui a ordonné le prélèvement des échantillons d'haleine avait des motifs raisonnables de le faire comme l'exige le par. 254(3) du *Code criminel*?

### Analysis

Section 254(2) of the *Criminal Code* provides that when a police officer suspects that a driver has alcohol in the body, the officer may demand that the driver provide "forthwith" a sample of breath for a roadside ALERT test. The question is whether "forthwith" means immediately or whether it may, in certain circumstances, encompass a 15-minute delay. In order to answer this question, it is necessary to consider both the gravity of the problem caused by drinking and driving and the *Criminal Code* provisions enacted to meet that problem.

### *Problems Arising from Drinking and Driving*

Every year, drunk driving leaves a terrible trail of death, injury, heartbreak and destruction. From the point of view of numbers alone, it has a far greater impact on Canadian society than any other crime. In terms of the deaths and serious injuries resulting in hospitalization, drunk driving is clearly the crime which causes the most significant social loss to the country. Statistics Canada recently noted:

### Analyse

En vertu du par. 254(2) du *Code criminel*, lorsqu'un policier soupçonne la présence d'alcool dans l'organisme d'un conducteur, il peut lui ordonner de lui fournir «immédiatement» un échantillon d'haleine pour un alcootest ALERT. La question est de savoir si le terme «immédiatement» signifie tout de suite ou si ce terme peut, dans certaines circonstances, comporter un délai de 15 minutes. Pour répondre à cette question, je dois à la fois examiner la gravité du problème causé par l'alcool au volant ainsi que les dispositions du *Code criminel* adoptées pour y remédier.

### *Les problèmes de l'alcool au volant*

Chaque année, l'ivresse au volant entraîne énormément de décès, de blessures, de peine et de destruction. Au plan numérique seulement, l'ivresse au volant a une plus grande incidence sur la société canadienne que tout autre crime. Du point de vue des décès et des blessures graves donnant lieu à l'hospitalisation, la conduite avec facultés affaiblies est de toute évidence le crime qui cause la plus grande perte sociale au pays. À cet égard, Statistics Canada a récemment fait remarquer:



Impaired driving is a serious crime. Every year thousands of Canadians are killed and many more injured in traffic-related accidents. Alcohol is a contributing factor in an average of 43% of these cases (Traffic Injury Research Foundation — D. R. Mayhew et al. [*Alcohol Use Among Persons Fatally Injured in Motor Vehicle Accidents: Canada 1990*] 1992:33).

(“Impaired Driving — Canada, 1991” (1992), 12:17 *Juristat* 1, at p. 2.)

17 Statistics Canada has compiled a variety of figures with respect to motor vehicle accidents in general. Between 1983 and 1991, 41,000 individuals died in traffic accidents in Canada. A further 2.5 million people were injured: “Impaired Driving — Canada, 1992” (1994), 14:5 *Juristat* 1. In 1992, the total number of deaths resulting from motor vehicle accidents was 3,289: *Causes of Death 1992* (1994), at pp. 246-51. This figure includes drivers, passengers, cyclists, and pedestrians. In 1987, motor vehicle accidents were responsible for injuries requiring 762,000 days of in-hospital medical treatment and causing 12 million days of lost activity and employment: *Accidents in Canada* (1991), at pp. 61-64.

18 Statistics Canada observed that alcohol is a contributing factor in 43 percent of those motor vehicle accidents which cause death and injury. Interpreting Statistics Canada’s general motor vehicle accident statistics with reference to this 43 percent figure, it would seem that alcohol was a contributing factor in:

- some 17,630 individual deaths between 1983 and 1991;
- approximately 1,075,000 individuals injured between 1983 and 1991;
- about 1,414 additional deaths (including drivers, passengers, cyclists and pedestrians) in 1992;
- 327,660 days of in-hospital medical treatment in 1987; and

La conduite avec facultés affaiblies est un crime grave. Chaque année, des milliers de canadiens meurent dans des accidents de la route et beaucoup plus s’y blessent. On associe en moyenne 43% de ces accidents à la consommation d’alcool (Fondation de recherches sur les blessures de la route — D. R. Mayhew et al. [*Alcohol Use Among Persons Fatally Injured in Motor Vehicle Accidents: Canada 1990*] 1992, p. 33).

(«Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1991» (1992), 12:17 *Juristat* 1, à la p. 2.)

Statistique Canada a rassemblé toute une gamme de données sur l’ensemble des accidents de la route. Entre 1983 et 1991, il y a eu 41 000 décès attribuables à des accidents de la circulation au Canada. La route a également fait deux millions et demi de blessés: «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1992» (1994), 14:5 *Juristat* 1. En 1992, au total 3 289 décès étaient attribuables à des accidents impliquant des véhicules à moteur: *Causes de décès 1992* (1994), aux pp. 246 à 251. Ce chiffre comprend les conducteurs, les passagers, les cyclistes et les piétons. En 1987, les blessures résultant d’accidents de la route ont nécessité 762 000 jours d’hospitalisation et donné lieu à 12 millions de jours de perte d’activité et d’emploi: *Accidents au Canada* (1991), aux pp. 63 à 66.

Selon Statistique Canada, l’alcool est un facteur contributif dans 43 pour 100 des accidents de véhicules à moteur entraînant la mort et des blessures. Si l’on interprète les statistiques générales sur les accidents de la circulation de Statistique Canada relativement à ce pourcentage de 43 pour 100, il semblerait que la consommation d’alcool ait été un facteur contributif dans les cas suivants:

- quelque 17 630 décès entre 1983 et 1991;
- approximativement 1 075 000 personnes blessées entre 1983 et 1991;
- environ 1 414 décès additionnels (dont des conducteurs, des passagers, des cyclistes et des piétons) en 1992;
- 327 660 jours d’hospitalisation en 1987; et

– 5,160,000 days of lost activity and employment in 1987.

These dry figures are mute but shocking testimony demonstrating the tragic effects and devastating consequences of drinking and driving. The social cost of the crime, great as it is, fades in comparison to the personal loss suffered by the victims of this crime through the death and injury of their loved ones. The gravity of the problem and its impact on Canadian society has been so great that *Criminal Code* amendments were enacted aimed at eliminating or, at least, reducing the problem.

*Criminal Code Provisions Aimed at Eliminating or Reducing the Problem*

To address the problem, Parliament enacted a two-stage statutory scheme set out in s. 254(2) and (3) of the *Criminal Code* to provide a means of testing for driver impairment. Overly simplified, it may be said that at the first stage, a means of screening drivers is set out. It is a preliminary investigation aimed at determining whether a driver may constitute a danger to the public because of alcohol in his system. At the second stage, the statutory scheme is aimed at precisely determining the driver's level of alcohol. It is only at this second stage that it will be ascertained whether the alcohol level is over the prescribed limit, thus constituting a criminal offence.

The ALERT testing devices are simply tools approved by Parliament for use at the first stage of the investigation of drivers who may be impaired. They provide a means whereby drivers can be quickly screened. The tested drivers will fall into two groups: those who have alcohol in their systems and those who do not or only have a low level. By this statutory scheme, Parliament has recognized the need to balance the competing concerns of accuracy and convenience to the general motoring public. The ALERT test used as an investigatory tool obviously causes far less inconvenience to a driver than would a breathalyzer test. A driver who fails an ALERT test is not subject to

– 5 160 000 jours de perte d'activité et d'emploi en 1987.

Ces chiffres rébarbatifs indiquent de façon discrète mais choquante les effets tragiques et dévastateurs de l'alcool au volant. Les coûts sociaux de ce crime, si élevés soient-ils, sont faibles quand on les compare aux pertes personnelles que ce crime cause aux personnes qui en sont victimes en raison du décès et des blessures de personnes chères. La gravité du problème et son incidence sur la société canadienne sont si importantes que le *Code criminel* a été modifié dans le but d'éliminer le problème ou, tout au moins, de le réduire.

*Les dispositions du Code criminel visant à éliminer ou à réduire le problème*

Pour remédier à ce problème, le législateur a adopté un régime législatif en deux étapes, respectivement les par. 254(2) et (3) du *Code criminel*, comme moyen de vérifier si les facultés des conducteurs sont affaiblies. En termes fort simplifiés, on peut dire que la première étape offre un moyen de découvrir les conducteurs dont les facultés sont affaiblies. C'est un examen préliminaire visant à déterminer si un conducteur peut constituer un danger pour le public à cause de l'alcool qu'il a consommé. À la seconde étape, il s'agit de déterminer précisément l'alcoolémie du conducteur. C'est seulement à cette seconde étape que l'on examinera si l'alcoolémie est supérieure à la limite établie, auquel cas la personne a commis une infraction criminelle.

Les appareils de détection ALERT sont simplement des instruments approuvés par le législateur qui sont utilisés au cours de la première étape. Ces appareils offrent un moyen de détection rapide. Les conducteurs qui le subissent sont ensuite classés en deux groupes: ceux qui ont de l'alcool dans leur organisme et ceux qui n'en ont pas ou qui en ont peu. Dans ce régime législatif, le législateur a reconnu la nécessité d'établir un équilibre entre les préoccupations opposées que sont la précision du test et l'absence d'inconvénient pour l'ensemble du grand public visé. Le test ALERT utilisé comme instrument d'enquête cause manifestement beaucoup moins d'inconvénients à un conducteur

19

20

21

criminal liability but may be required to take the more accurate breathalyzer test provided for in s. 254(3) of the *Criminal Code*.

22

It is the breathalyzer test which is concerned with criminal liability. As one might expect, detailed procedures, set out in s. 258, govern the administration of this test. Section 258 requires that the breath samples be taken as soon as practicable after the offence was committed. The first breath sample should be taken within two hours of the offence. An interval of at least 15 minutes must precede the second test and each test after that. This procedure will allow the police to further monitor and observe the accused and to ensure that the test result will be accurate.

*How Should the ALERT Test Be Conducted So That the Sample Will Be Provided "Forthwith"?*

23

Section 254(2) of the *Criminal Code* provides that the ALERT test should be carried out "forthwith". The meaning of that word should be ascertained by first examining its place in the context of the broader statutory scheme designed to detect drunk drivers. The two-stage investigative procedure set out in s. 254(2) and (3) and the ALERT test itself are designed to be both helpful to the police and convenient to the driving public. The ALERT test is a portable screening device which provides results quickly. It enables police officers to rapidly confirm or reject their suspicions that a driver is impaired due to alcohol consumption. As well, it permits drivers who safely blow "pass" levels on the device to proceed on their way with a minimum of inconvenience. The whole scheme of ALERT testing is based on the concept that drivers will be detained for a very short period. This Court has in fact recognized that the ALERT test must be administered immediately and that the detention under s. 254(2) is constitutionally justifiable under s. 1 of the *Charter* for the very reason that the detention is of such very brief duration.

que l'alcootest. Le conducteur qui échoue au test ALERT n'encourt pas de responsabilité criminelle mais peut se voir contraint de subir le test plus exact prévu au par. 254(3) du *Code criminel*.

C'est l'alcootest qui permet d'établir la responsabilité criminelle. Comme on pouvait s'y attendre, des procédures détaillées, exposées à l'art. 258, régissent l'administration de ce test. Cette disposition prévoit que les échantillons d'haleine doivent être prélevés dès qu'il est matériellement possible de le faire après la perpétration de l'infraction. Le premier échantillon doit être prélevé dans les deux heures de la perpétration de l'infraction. Un intervalle d'au moins 15 minutes doit s'écouler avant le deuxième test et chacun des autres par la suite. Cette procédure permettra à la police de suivre et d'observer l'accusé et de s'assurer de l'exactitude du résultat.

*Comment devrait être administré le test ALERT pour que l'échantillon soit fourni «immédiatement»?*

Le paragraphe 254(2) du *Code criminel* prévoit que le test ALERT doit être effectué «immédiatement». On doit déterminer le sens de ce terme en examinant tout d'abord sa place dans le contexte de l'ensemble du régime législatif destiné à découvrir les conducteurs dont les facultés sont affaiblies. La procédure d'enquête en deux étapes prévue aux par. 254(2) et (3) et le test ALERT lui-même se veulent à la fois utiles pour la police et sans inconvénient pour les conducteurs. Le test ALERT est un appareil de détection portatif qui fournit promptement des résultats. Il permet aux policiers de confirmer ou de rejeter rapidement leurs soupçons que les facultés d'un conducteur sont affaiblies par l'effet de l'alcool. En outre, cet instrument permet aux conducteurs qui «réussissent» le test de poursuivre leur chemin avec un minimum d'inconvénients. L'ensemble du test ALERT repose sur le concept qu'un conducteur sera détenu pendant une très courte période. Notre Cour a en fait reconnu que le test ALERT doit être administré immédiatement et que la détention en vertu du par. 254(2) peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* précisément en raison de sa très courte durée.

*R. v. Grant, supra*, considered the meaning of “forthwith” in s. 254(2) of the *Criminal Code*. In that case, an RCMP officer stopped a driver whom he suspected of being impaired and made a demand for a breath sample. He did not have the ALERT screening device with him and had to wait 30 minutes for one to be delivered before he could administer the test. It was held that such a delay fell outside the ambit of s. 254(2) because the test was not administered “forthwith”. It was determined that “forthwith” meant “immediately”. At page 150 the following appears in the reasons of the Court written by Lamer C.J.:

In my opinion, the actions of the officer in this case fell outside of the ambit of s. 238(2) [now s. 254(2)]. The demand made was not the demand authorized by s. 238(2), that Mr. Grant provide a sample of his breath “forthwith”. . . . The context of s. 238(2) indicates no basis for departing from the ordinary, dictionary meaning of the word “forthwith” which suggests that the breath sample is to be provided immediately.

In order to determine whether there is any reason to depart from the ordinary meaning to be given to “forthwith” it is necessary to consider a number of factors. First, would a 15-minute delay prior to administering an ALERT test be consistent with the *Charter*? Second, who would be affected by an enlarged definition of “forthwith”? Third, should the manner in which the ALERT tests are conducted be uniform or should different interpretations of “forthwith” apply in different circumstances?

#### 1. The Meaning to Be Given to “Forthwith” in Light of Section 10(b) of the Charter

Since *R. v. Thomsen, supra*, this Court has repeatedly held that if a driver is stopped by a police officer, that driver is detained for the purposes of s. 10(b) of the *Charter*. The driver, accordingly, has the right to retain and instruct counsel. See, for example, *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, at p. 676; *R. v. Grant, supra*, at pp. 149-50; *R. v. Schmutz*, [1990] 1 S.C.R. 398, at

Dans l’arrêt *R. c. Grant*, précité, notre Cour a examiné le sens du terme «immédiatement» utilisé au par. 254(2) du *Code criminel*. Dans cette affaire, un agent de la GRC avait arrêté un conducteur dont il soupçonnait que les facultés étaient affaiblies et lui a alors ordonné de lui fournir un échantillon d’haleine. Le policier n’avait pas l’appareil ALERT avec lui et a dû attendre 30 minutes avant de le recevoir et de procéder au test. Notre Cour a statué qu’un tel délai n’était pas conforme au par. 254(2) parce que l’alcootest n’avait pas été administré «immédiatement». Nous avons statué que le terme «immédiatement» signifie «tout de suite». Voici à cet égard les commentaires du juge en chef Lamer à la p. 150:

À mon avis, les gestes du policier en l’espèce ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2) [maintenant le par. 254(2)]. L’ordre donné n’était pas celui qui est autorisé par le par. 238(2), savoir que M. Grant fournisse «immédiatement» un échantillon d’haleine. [. . .] Rien dans le contexte du par. 238(2) ne permet d’attribuer au mot «immédiatement» un sens différent de celui que lui donne habituellement le dictionnaire, soit que l’échantillon d’haleine doit être fourni tout de suite.

Pour déterminer s’il existe des motifs de s’écarter du sens ordinaire du terme «immédiatement», il est nécessaire d’examiner un certain nombre de facteurs. Premièrement, serait-il compatible avec la *Charte* d’attendre une période de 15 minutes avant de procéder au test ALERT? Deuxièmement, qui serait touché par une définition élargie du terme «immédiatement»? Troisièmement, les tests ALERT devraient-ils être effectués de façon uniforme ou devrait-on donner une interprétation différente au terme «immédiatement» selon les circonstances?

#### 1. Le sens du terme «immédiatement» compte tenu de l’al. 10b) de la Charte

Depuis l’arrêt *R. c. Thomsen*, précité, notre Cour a, à maintes reprises, statué qu’un conducteur, dont le véhicule est intercepté par un policier, se trouve en détention aux fins de l’al. 10b) de la *Charte*. Ce conducteur a en conséquence droit à l’assistance d’un avocat. Voir par exemple les arrêts *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, à la p. 676; *R. c. Grant*, précité, aux pp. 149 et 150; *R. c. Schmutz*,

pp. 409 ff. In *R. v. Thomsen* it was recognized that although the absence of the opportunity to retain counsel violated s. 10(b) of the *Charter*, it was justified under s. 1 because it was urgent that the breath sample be obtained quickly in order to be effective. The right to retain counsel was incompatible both with the effective use of the ALERT device and with the purpose of demonstrating a police presence which would convince drinking drivers that there was a high probability that they would be quickly and readily detected. The section's use of the word "forthwith" in the context of a roadside screening test clearly indicated that there was to be no opportunity granted to a driver to call a lawyer. The test was to be performed immediately and to fail it had no penal consequences. It is a testing device used to protect the public.

[1990] 1 R.C.S. 398, aux pp. 409 et suiv. Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, notre Cour a reconnu que la violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat en contravention de l'al. 10b) de la *Charte* pouvait se justifier en vertu de l'article premier parce qu'il était urgent d'obtenir rapidement l'échantillon d'haleine pour en assurer l'efficacité. Le droit à l'assistance d'un avocat était incompatible à la fois avec l'utilisation efficace du test ALERT et avec l'objectif d'établir que la présence de la police arriverait à convaincre les conducteurs qui ont pris un verre qu'il existe de fortes chances qu'ils seront rapidement et facilement découverts. Selon notre Cour, l'emploi du terme «sur-le-champ» (ou «immédiatement») dans le contexte d'un test de détection routier indiquait clairement que le conducteur ne devait pas avoir l'occasion de communiquer avec un avocat. Le test devait être effectué tout de suite et le fait de l'échouer n'entraînait aucune conséquence pénale. C'est un appareil de détection utilisé pour la protection du public.

27 Although s. 234.1 which was considered in *Thomsen* has been slightly amended it remains virtually identical to the present s. 254(2). The present section, rather than referring to an "approved roadside" screening test, refers to an "approved" screening test and it is applicable not only to motor vehicles but also to aircraft, boats and railways. Obviously the word "roadside" can no longer describe the location of either the vehicles or the testing device. However, the *Thomsen* interpretation of "forthwith" is certainly not affected by these amendments. The section still anticipates that the test will be administered quickly at the point at which the driver or operator is detained wherever that vehicle may be operated.

Bien que l'art. 234.1, examiné dans l'arrêt *Thomsen*, ait été légèrement modifié depuis, il demeure pratiquement identique au libellé actuel du par. 254(2). Dans le texte anglais de l'ancienne version, il était question d'un «*approved roadside screening device*», mais le terme «*roadside*» a été supprimé de la nouvelle version, qui s'applique maintenant non seulement aux véhicules à moteur mais aussi aux aéronefs, aux bateaux et au matériel ferroviaire. De toute évidence, le terme «*roadside*» ne peut plus permettre de déterminer le lieu où doit se trouver le véhicule ou celui de l'appareil de détection. Cependant, l'interprétation du terme «sur-le-champ» dans l'arrêt *Thomsen* n'a certainement pas été touchée par ces modifications. La disposition en question prévoit toujours que l'alcootest doit être administré rapidement à l'endroit où le conducteur est détenu, quel que soit l'endroit où le véhicule se trouve.

28 Counsel for the respondent not only argued that there should be a 15- to 20-minute waiting period before the ALERT test was administered but also that, during the waiting period, the police officer should indicate that the driver had the right to con-

L'avocat de l'intimé soutient non seulement qu'il devrait y avoir une période d'attente de 15 à 20 minutes avant l'administration du test ALERT, mais aussi que le policier devrait, pendant cette période, informer le conducteur qu'il a droit à l'as-

sult counsel. This submission demonstrates the weakness of the argument. Quite simply, it is not possible to conduct a roadside test “forthwith”, that is immediately, and at the same time require the driver to be subject to a detention which is sufficiently lengthy to provide an opportunity to retain and instruct counsel under s. 10(b) of the *Charter*. A delay of that length without the right to instruct counsel might well not only be inconsistent with s. 10(b) of the *Charter* but also be such that it could not be saved by s. 1. This is not to say that if, in the past, a police constable has waited to ensure an accurate ALERT test reading that this will invalidate or render inadmissible the test results. The respondent’s position, if adopted, would create unnecessary conflicts.

Where a statute is open to more than one interpretation, one of which is constitutional and the other of which is not, the interpretation which is consistent with the constitution should be adopted. See *Severn v. The Queen* (1878), 2 S.C.R. 70, at p. 103; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at pp. 803-4. In my view, to interpret “forthwith” as meaning “immediately” is consistent with the *Charter* and should therefore be adopted. This conclusion is supported by the very nature of the ALERT test which is designed to be no more than a preliminary screening device. As such it should be administered immediately both for the protection of other users of the road and for the convenience of drivers who have nothing to fear from taking such a test. Support for this position can be garnered from a consideration of those relatively rare circumstances when immediate ALERT testing might lead to inaccurate results.

## 2. What Test Results Would In Fact Be Affected by Residual Mouth Alcohol?

The respondent does not suggest that there is a problem with the ALERT testing device itself. Nor is it argued that a 15-minute delay would be required prior to administering every ALERT test. Rather, it is submitted that the purpose of the postponement is to allow residual mouth alcohol to dissipate prior to the test. The evidence indicated that

sistance d’un avocat. Cette affirmation illustre bien la faiblesse de son argument. On ne peut tout simplement pas dire qu’il faut procéder «immédiatement» à un test routier, c’est-à-dire tout de suite, et soutenir en même temps que le conducteur doit être détenu pendant une période suffisamment longue pour qu’il ait l’occasion d’avoir recours à l’assistance d’un avocat en vertu de l’al. 10b) de la *Charte*. Un tel délai sans possibilité d’avoir recours à l’assistance d’un avocat risquerait non seulement d’être incompatible avec l’al. 10b) de la *Charte*, mais aussi de ne pas être sauvegardé par l’article premier. Cela ne signifie pas que si, par le passé, un policier a attendu afin de faire subir un test ALERT qui soit exact, les résultats du test seront invalidés ou inadmissibles. L’adoption de la position de l’intimé créerait des conflits inutiles.

Lorsqu’une loi donne ouverture à plus d’une interprétation, dont l’une est constitutionnelle et l’autre non, il faut adopter celle qui est compatible avec la Constitution. Voir les arrêts *Severn c. The Queen* (1878), 2 R.C.S. 70, à la p. 103; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, aux pp. 803 et 804. À mon avis, il est compatible avec la *Charte* de donner au terme «immédiatement» le sens de «tout de suite» et c’est cette interprétation que l’on devrait en conséquence adopter. Cette conclusion se fonde sur la nature même du test ALERT qui, dans sa conception, n’est rien de plus qu’un appareil de détection préliminaire. C’est pourquoi il devrait être administré immédiatement tant pour la protection des autres usagers de la route que pour éviter les inconvénients aux conducteurs qui n’ont rien à craindre de ce test. Cette position s’appuie aussi sur un examen des circonstances relativement rares où le test ALERT administré immédiatement risque de donner lieu à des résultats inexacts.

## 2. Quels résultats risquent d’être modifiés par les traces d’alcool dans la bouche?

L’intimé ne soutient pas que le test ALERT présente un problème en soi, ni d’ailleurs qu’il faudrait attendre 15 minutes avant de faire subir chaque test ALERT. Il soutient plutôt qu’un tel délai permettrait à toute trace d’alcool dans la bouche de s’évaporer avant le test. Selon la preuve, il demeure des traces d’alcool dans la bouche pen-

residual alcohol remains in a person's mouth for 15 to 20 minutes after the last drink is consumed or if there is burping or regurgitation. It is accepted that all mouth alcohol dissipates in a period of 15 to 20 minutes.

31 It can be seen that the 15-minute postponement would only be necessary to accommodate drinkers with indigestion or, more frequently, those who see fit to take a drink shortly before driving their car. It seems to me entirely reasonable that the driver who does take a drink in those circumstances should be prepared to accept the consequences. The ALERT test serves as a screening device which can indicate those drivers who may have consumed more alcohol than is permitted. As such, it can confirm that an officer has the requisite grounds to require a driver who fails the test to take the breathalyzer test.

32 If, as a consequence of taking a drink shortly before driving, there is in fact an unusually high level of residual mouth alcohol, the results of the false ALERT reading will be rectified by the breathalyzer test which requires a 15-minute observation period before it is performed. Any inconvenience arising from the requirement that a breathalyzer test be taken results from the driver's action of taking the alcohol so close to the time he started to drive. An impaired driver is a potentially lethal hazard that must be detected and removed from the road as quickly as possible. The ability to administer the test immediately helps to protect the public by detecting those who may be a danger. The relatively rare occasions on which an ALERT test may be erroneous as a result of the driver consuming a very recent drink must be tolerated in the interest of the safety of the public.

33 This requirement to undergo the ALERT testing immediately should be regarded as one of the obligations that flows from the right to drive. In *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670, at p. 686, it was noted that the driving of a motor vehicle is neither a God-given nor a constitutional right. Rather, it is a privilege granted by licence. Attached to every right are concomitant duties,

dant 15 à 20 minutes après la dernière consommation ou une éructation ou régurgitation. Il est reconnu que toute trace d'alcool dans la bouche s'évapore en 15 à 20 minutes.

On constate qu'il n'y aurait lieu d'attendre 15 minutes que si une personne a une indigestion ou si, ce qui est plus fréquent, elle juge bon de prendre un verre juste avant de prendre le volant. Il me semble tout à fait raisonnable d'affirmer que le conducteur qui prend un verre dans ces circonstances devrait être disposé à accepter les conséquences de son acte. Le test ALERT est un appareil de détection qui permet de découvrir les conducteurs qui ont pu consommer plus d'alcool que permis. Il peut donc confirmer qu'un policier a les motifs requis pour exiger d'un conducteur qu'il se soumette à un alcootest.

Si une personne a un taux résiduel d'alcool inhabituellement élevé dans la bouche parce qu'elle a pris un verre juste avant de prendre le volant, les résultats erronés du test ALERT seront rectifiés par l'alcootest, qui doit être précédé d'une période d'observation de 15 minutes avant d'être effectué. Tout inconvénient découlant de la nécessité de soumettre le conducteur à un alcootest résulte de ce qu'il a décidé de consommer de l'alcool juste avant de prendre le volant. Un conducteur dont les facultés sont affaiblies présente un danger mortel qu'il faut détecter et écarter de la circulation dès que possible. La possibilité de faire subir le test tout de suite aide à protéger le public en détectant les personnes susceptibles de constituer un danger. Dans l'intérêt de la sécurité du public, il faut accepter qu'il y aura des cas relativement rares où le test ALERT pourra donner des résultats erronés du fait que le conducteur a consommé de l'alcool juste avant de partir.

Cette exigence de se soumettre immédiatement au test ALERT devrait être considérée comme l'une des obligations qui découlent du droit de conduire. Dans l'arrêt *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670, à la p. 686, notre Cour a affirmé que conduire un véhicule automobile n'est ni un droit naturel ni un droit constitutionnel. Il s'agit d'un privilège qui tient plutôt à la possession

obligations and responsibilities. This is true of the licensed right to drive. One of the prime responsibilities of a driver is to see that reasonable care is exercised in the operation of the motor vehicle, and specifically, that it is driven in a manner which does not endanger members of the public. That duty or responsibility cannot be fulfilled by an impaired driver who, by definition, endangers others. In furtherance of the duty not to endanger others, there exists an obligation to comply with a police officer's reasonable request to supply a breath sample. Complying with a reasonable request to take an ALERT test is a very small price to pay for the privilege of driving.

### 3. Uniformity of ALERT Test Procedures

In *R. v. Pierman; R. v. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704 (C.A.), it was held that police officers should adopt a flexible approach to s. 254(2). It was stated that, as a general rule, a police officer must not delay the taking of a sample for an ALERT test and that the demand and testing should occur immediately. This, it was said, was necessary in order for the section to comply with the *Charter*. However, it was also held that where a police officer is of the opinion that a breath sample will be contaminated because of the presence of mouth alcohol, the police officer may postpone the making of the demand for breath or may postpone the administration of the test for 15 minutes in order to allow the mouth alcohol to dissipate. It was recognized that there is a certain inconsistency which flows from this flexible approach. It was put in this way at p. 711:

If . . . we were to hold that a police officer is entitled to wait 15 minutes before taking a breath sample pursuant to s. 254(2) of the *Criminal Code*, solely on the hypothesis that the suspect may have consumed alcohol within the previous 15 minutes, we would be, in my view, unduly expanding the statutory basis upon which motorists may be detained without access to counsel. It would have been open for Parliament to provide a time frame within which s. 254(2) should operate, as it did,

d'un permis. À chaque droit correspondent des obligations et des responsabilités. C'est le cas du droit de conduire accordé par l'attribution d'un permis. L'une des principales responsabilités d'un conducteur est de faire preuve de diligence raisonnable dans la conduite de son véhicule et, plus précisément, de conduire de façon à ne pas mettre le public en danger. Un conducteur dont les facultés sont affaiblies ne peut s'acquitter de cette obligation ou responsabilité puisqu'il constitue, par définition, un danger pour les autres. Pour s'acquitter de l'obligation qu'il a de ne pas mettre les autres en danger, le conducteur est tenu d'obtempérer à la demande raisonnable qu'un policier lui fait de fournir un échantillon d'haleine. Obtempérer à une demande raisonnable de se soumettre à un test ALERT est un très faible prix à payer pour le privilège de conduire.

### 3. Uniformité des procédures du test ALERT

Dans les arrêts *R. c. Pierman; R. c. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que les policiers devraient faire preuve de souplesse dans l'application du par. 254(2). La cour a affirmé que, en règle générale, un policier ne doit pas tarder à faire subir un test ALERT et il doit s'y consacrer tout de suite après avoir donné l'ordre à cette fin. De l'avis de la cour, cela est nécessaire pour que la disposition soit conforme à la *Charte*. Cependant, la cour a aussi affirmé que si un policier est d'avis qu'un échantillon d'haleine risque d'être contaminé par la présence d'alcool dans la bouche, il peut retarder l'ordre de fournir un échantillon d'haleine ou attendre 15 minutes avant de faire subir le test pour que puissent s'évaporer les traces d'alcool encore dans la bouche. On a reconnu qu'une certaine incompatibilité découle de cette démarche souple. Voici comment on l'exprime à la p. 711:

[TRADUCTION] Si [. . .] l'on nous disait qu'un policier a le droit d'attendre 15 minutes avant de prendre un échantillon d'haleine conformément au par. 254(2) du *Code criminel* seulement dans l'hypothèse où le suspect a pu consommer de l'alcool dans les 15 minutes qui précèdent, nous nous trouverions alors, à mon avis, à élargir sans raison les cas où l'on peut, en vertu de la loi, détenir un conducteur sans lui offrir l'assistance d'un avocat. Le législateur aurait pu établir un délai aux fins



for instance, in s. 258(1)(c)(ii) [with respect to breathalyzer tests]. In my opinion, it is not open to this court to expand the scope of a *Charter* infringement beyond what is necessary to give effect to the section.

de l'application du par. 254(2), comme il l'a fait par exemple au sous-al. 258(1)(c)(ii) [pour l'alcootest]. À mon avis, il n'est pas loisible à notre cour d'élargir l'étendue d'une violation de la *Charte* au-delà de ce qui est nécessaire pour donner effet à la disposition en question.

35

I cannot agree that the 'flexibility' approach should be adopted. First, the wording of the *Code* indicates that a 15-minute delay is not contemplated by the two-stage screening and testing procedure set out in s. 254(2) and (3). The whole scheme anticipates a very brief detention and immediate application of the screening test. As well, a delay of 15 minutes would be inconsistent with the conclusion reached in *R. v. Thomsen*, *supra*, and it might not be justified under s. 1 of the *Charter*. It can never be forgotten that there is no criminal liability which attaches to an ALERT test failure. At the most, that failure will result in the administration of a more accurate breathalyzer test, when any false reading resulting from residual mouth alcohol will be corrected. All these factors taken together indicate that it is preferable to impose a uniform standard for the meaning of "forthwith". It follows that the demand for an ALERT test must be made immediately in every situation when a reasonable suspicion of alcohol in the body has been established.

À mon avis, il n'y a pas lieu d'adopter cette démarche «souple». Premièrement, le libellé du *Code* n'indique pas qu'il faut attendre 15 minutes avant de faire subir au conducteur la procédure en deux étapes de détection et de contrôle visée aux par. 254(2) et (3). L'ensemble du régime se fonde sur une très brève période de détention et sur l'administration immédiate du test de détection. Aussi, un délai de 15 minutes serait incompatible avec la conclusion de l'arrêt *R. c. Thomsen*, précité, et il pourrait ne pas se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. On ne saurait oublier qu'un échec au test ALERT n'entraîne aucune responsabilité criminelle. Tout au plus, le conducteur en question aura à se soumettre à l'alcootest qui permettra d'obtenir des résultats plus précis et de corriger tout résultat erroné auquel aurait donné lieu la présence de traces d'alcool dans la bouche. Compte tenu de l'ensemble de ces facteurs, il est préférable d'imposer un critère uniforme pour l'interprétation du terme «immédiatement». Il s'ensuit qu'un policier doit donner à une personne l'ordre de se soumettre à un test ALERT dès qu'il a des motifs raisonnables de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme.

36

The facts of this case emphasize the importance of immediate testing and clearly show that the ALERT test can accurately indicate a driver's impairment. The respondent failed the ALERT test. On his two subsequent breathalyzer tests, he registered blood alcohol levels of 230 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood and 210 milligrams in 100 millilitres of blood. Both these results are between two and three times the legal limit. The respondent did in fact pose a very real danger to the public. I can see no valid reason for changing the uniform interpretation of s. 254(2) to accommodate those who risk failing an ALERT

Les faits en l'espèce font ressortir qu'il est important de faire subir un test immédiatement et montrent clairement que le test ALERT peut indiquer avec précision que les facultés d'un conducteur sont affaiblies. L'intimé a échoué au test ALERT. Selon les deux alcootests qui ont suivi, il avait un taux d'alcoolémie de 230 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang et de 210 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Ces résultats sont entre deux et trois fois plus élevés que la limite prévue par la loi. L'intimé représentait un danger très réel pour le public. À mon avis, il n'existe aucun motif valable de modifier l'interprétation uniforme du par. 254(2) par souci de commodité pour ceux qui risquent d'échouer au

test by taking a drink immediately before they drive their cars.

### *Reasonable and Probable Grounds*

The respondent contended that a fail result on the ALERT test could not establish the reasonable and probable grounds necessary to make the breathalyzer demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*. This, it was said, flows from the knowledge that police officers have or should have that the ALERT test may be inaccurate due to the presence of residual mouth alcohol. Constable Mashford testified: "Upon having the — reading of fail registered on [the ALERT] I, at that point, formed the opinion that Mr. Bernshaw's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol". Yet, he had observed other symptoms of impairment upon which he could very properly have based his conclusion that he had reasonable and probable grounds for making the demand. He had seen the respondent driving erratically, he smelled alcohol on his breath and noted that his eyes were red and glassy. In addition, the respondent had admitted that he had been drinking. I would have thought that those symptoms, in themselves, would have constituted reasonable and probable grounds for making the demand.

The constable, in a commendable manner, wished to have his observations and suspicions confirmed by the ALERT test. It was not unreasonable for him to take this position. However, I would observe that to satisfy himself that he had the reasonable and probable grounds required by s. 253(3) in this case, as well as in many other similar situations, the observations of the officer as to signs of impairment may well be sufficient, in themselves, to form the basis for the reasonable and probable grounds required to make the breathalyzer demand. Further, if an officer has a reasonable suspicion, based on observation or reliable information that the driver has alcohol in his body, and as a result requires an ALERT test to be taken, then a fail result, in and of itself, may be sufficient to raise the officer's suspicions to the reasonable and probable grounds required to make

test ALERT parce qu'ils ont pris un verre immédiatement avant de prendre la route.

### *Motifs raisonnables*

L'intimé soutient qu'un échec au test ALERT ne pouvait permettre d'établir les motifs raisonnables justifiant l'ordre de subir un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*. À son avis, ceci découle du fait que les policiers savaient ou auraient dû savoir que le test ALERT risquait de donner un résultat inexact à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. L'agent Mashford a témoigné en ces termes: [TRADUCTION] «Lorsque j'ai vu que l'appareil [ALERT] avait enregistré un «échec», c'est à ce moment que je me suis fait l'opinion que la capacité de M. Bernshaw de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool». Cependant, il avait observé d'autres symptômes de l'état d'ébriété de M. Bernshaw à partir desquels il aurait très bien pu conclure qu'il avait des motifs raisonnables d'ordonner à l'intimé de se soumettre à un test. Il l'avait vu conduire de façon irrégulière, il avait détecté chez lui une odeur d'alcool et il avait remarqué qu'il avait les yeux rouges et vitreux. En outre, l'intimé avait admis avoir consommé de l'alcool. À mon avis, ces symptômes auraient en soi constitué des motifs raisonnables de donner l'ordre en question à l'intimé.

Le policier voulait, d'une façon fort louable, que le test ALERT confirme ses observations et ses soupçons. Il ne lui était pas déraisonnable d'agir ainsi. Cependant, je tiens à faire remarquer que, afin de vérifier s'il avait les motifs raisonnables requis par le par. 253(3) en l'espèce, comme dans bien d'autres cas semblables, ses observations quant aux signes d'ivresse peuvent fort bien être suffisantes en soi pour servir de fondement aux motifs raisonnables justifiant d'ordonner à un conducteur de se soumettre à un alcootest. Par ailleurs, si, à partir de ses observations ou de renseignements fiables, un policier a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme du conducteur, et lui ordonne de ce fait de se soumettre à un test ALERT, un échec au test peut en soi transformer les soupçons en motifs raisonnables d'ordonner au conducteur de se soumettre à un

a breathalyzer demand. In other words, once a police officer has, in fact, a reasonable suspicion of alcohol in the body, the use of the ALERT test is warranted and the officer may rely on the results of that test in order to make a breathalyzer demand. The mere possibility that the ALERT test might have been inaccurate because of alcohol consumed shortly before driving and within the 15 minutes prior to the test is insufficient to invalidate the reasonableness of the officer's belief based on the result of the test.

### *Current Applicability of Rilling v. The Queen*

39

In this case, the police officer undoubtedly had reasonable and probable grounds for making the breathalyzer demand. It is therefore not strictly necessary to consider the applicability of *Rilling v. The Queen*, *supra*. Yet, both parties addressed this issue and there seems to be a difference of opinion on the question among the Courts of Appeal. In *Rilling*, it was held that the lack of reasonable and probable grounds for making the demand was irrelevant in those situations where the driver had, in any event, acceded to the request. This Court adopted the position of the Court of Appeal, which was put in this way, at p. 198:

It is my opinion that this Court should accept and adopt the views expressed in the *Orchard*, *Showell* and *Flegel* cases, *supra*, and hold that while absence of reasonable and probable grounds for belief of impairment may afford a defence to a charge of refusal to submit to a breathalyzer test laid under subs. (2) of s. 235 of the Code, it does not render inadmissible certificate evidence in the case of a charge under s. 236 of the Code. The motive which actuates a peace officer in making a demand under s. 235(1) is not a relevant consideration when the demand has been acceded to.

40

The British Columbia Court of Appeal in this case held that *Rilling* was no longer good law since it was decided prior to the *Charter*.

alcootest. En d'autres termes, lorsqu'un policier a, en fait, des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme, l'utilisation du test ALERT est justifié et le policier peut se fonder sur les résultats de ce test pour ordonner au conducteur de se soumettre à un alcootest. La simple possibilité que le test ALERT risque de donner des résultats inexacts en raison de la consommation d'alcool juste avant de conduire et dans les 15 minutes précédant le test ne suffit pas à invalider le caractère raisonnable de la croyance du policier fondée sur ces résultats.

### *Applicabilité de l'arrêt Rilling c. La Reine*

Dans la présente affaire, le policier avait certainement des motifs raisonnables d'ordonner à l'intimé de se soumettre à un alcootest. En conséquence, il n'est pas strictement nécessaire d'examiner l'applicabilité de l'arrêt *Rilling c. La Reine*, précité. Cependant, les deux parties ont soulevé ce point et les cours d'appel semblent diverger d'opinions à ce sujet. Dans l'arrêt *Rilling*, notre Cour a statué que l'absence de motifs raisonnables d'ordonner l'alcootest n'était pas pertinent dans les cas où le conducteur avait, de toute façon, obtempéré à l'ordre. Notre Cour a adopté la position de la Cour d'appel, qui était exprimée dans les termes suivants, à la p. 198:

[TRADUCTION] J'estime que cette Cour doit faire siennes les opinions émises dans les affaires *Orchard*, *Showell* et *Flegel*, précitées, et conclure que l'absence de motifs raisonnables et probables de croire que la capacité de conduire du prévenu était affaiblie, bien que constituant un moyen de défense opposable à une accusation portée en vertu du par. (2) de l'art. 235 du Code pour avoir refusé de subir un alcootest, ne rend pas irrecevable le certificat de l'analyste dans le cas d'une accusation portée en vertu de l'art. 236 du Code. Le motif qui a incité un agent de la paix à faire une sommation en vertu du par. (1) de l'art. 235 n'est pas un élément pertinent lorsque l'on a obtempéré à cette sommation.

En l'espèce, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que l'arrêt *Rilling* ne constitue plus le droit applicable puisqu'il a été rendu avant l'adoption de la *Charte*.

In my view, the Court of Appeal erred in taking this position. Certainly the *Charter* is relevant. An accused may be able to establish on the balance of probabilities that the taking of breath samples infringed his *Charter* rights. For example, it might be contended that the requisite reasonable and probable grounds for making the breathalyzer demand were absent, and that, in the circumstances, the admission of those breathalyzer results would bring the administration of justice into disrepute. In those circumstances, the breathalyzer evidence might well not be accepted. Yet, where an accused complies with the breathalyzer demand, the Crown need not prove as part of its case that it had reasonable and probable grounds to make that demand. Rather, I think, the onus rests upon the accused to establish on the balance of probabilities that there has been a *Charter* breach and that, under s. 24(2), the evidence should be excluded. There should not be an automatic exclusion of the breathalyzer test results.

Several provincial appellate courts have taken the position that the *Rilling* case is still applicable in appropriate circumstances. That is to say where breath samples are obtained without reasonable and probable grounds for the demand, the evidence should only be excluded upon an application by the accused to exclude it pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. See *R. v. McNulty* (1991), 35 M.V.R. (2d) 27 (Ont. C.A.); *R. v. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507 (Alta. C.A.); *R. v. Dwernychuk* (1992), 77 C.C.C. (3d) 385 (Alta. C.A.), leave to appeal refused, [1993] 2 S.C.R. vii; *R. v. Marshall* (1989), 91 N.S.R. (2d) 211 (C.A.); *R. v. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570 (Nfld. C.A.); *R. v. Leneal* (1990), 68 Man. R. (2d) 127 (C.A.). This, I think, is the approach that should be adopted.

### Summary

In my view, the word "forthwith" in s. 254(2) means "immediately". Police officers must make a demand for an ALERT sample immediately upon forming a reasonable suspicion of alcohol in the

À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en adoptant cette position. Certes, la *Charte* est pertinente. Il est possible qu'un accusé puisse établir, selon la prépondérance des probabilités, que le prélèvement des échantillons d'haleine contrevient aux droits que lui garantit la *Charte*. Par exemple, on pourrait soutenir que le policier n'avait pas, comme la disposition l'exige, de motifs raisonnables d'ordonner l'alcootest, et que, dans ces circonstances, l'utilisation des résultats obtenus serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans ces circonstances, la preuve obtenue au moyen de l'alcootest pourrait ne pas être utilisée. Cependant, lorsqu'un accusé obtempère à l'ordre de se soumettre à un alcootest, le ministère public n'a pas à établir qu'il avait des motifs raisonnables de donner l'ordre en question. À mon avis, il appartient plutôt à l'accusé d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu violation de la *Charte* et que les éléments de preuve recueillis devraient être écartés conformément au par. 24(2). Les résultats des alcootests ne devraient pas être écartés automatiquement.

Plusieurs cours d'appel provinciales ont adopté comme position que l'arrêt *Rilling* est toujours applicable dans les circonstances appropriées. C'est-à-dire, que lorsque des échantillons d'haleine sont obtenus sans qu'il existe de motifs raisonnables d'en ordonner le prélèvement, les éléments de preuve recueillis devraient être écartés seulement si l'accusé en fait la demande conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Voir *R. c. McNulty* (1991), 35 M.V.R. (2d) 27 (C.A. Ont.); *R. c. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507 (C.A. Alb.); *R. c. Dwernychuk* (1992), 77 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Alb.), autorisation de pourvoi refusée, [1993] 2 R.C.S. vii; *R. c. Marshall* (1989), 91 N.S.R. (2d) 211 (C.A.); *R. c. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570 (C.A.T.-N.); *R. c. Leneal* (1990), 68 Man. R. (2d) 127 (C.A.). Je crois que c'est la démarche qui devrait être adoptée.

### Résumé

À mon avis, le terme «immédiatement» utilisé au par. 254(2) signifie «tout de suite». Les policiers doivent ordonner à un conducteur de se soumettre à un test ALERT dès qu'ils ont des raisons

body and they must administer the test immediately upon making that demand for a breath sample. Section 254(2) does not anticipate, require or include a 15-minute delay to allow residual mouth alcohol to dissipate either prior to making the demand or prior to administering the test. This conclusion flows from a consideration of the gravity of the problem of drinking and driving; the system set out in the *Criminal Code* for screening and subsequently testing drivers for their alcohol level; the protection of the public; the convenience of the motoring public who can immediately continue on their way after successfully passing the ALERT test; the interpretation of the section to comply with the *Charter*; and the nature of the risk involved in not proceeding immediately with the test.

#### Disposition

44 In the result, the appeal is allowed, the judgment of the British Columbia Court of Appeal is set aside, and the conviction and sentence imposed at trial are restored.

The judgment of La Forest, Sopinka, McLachlin and Major JJ. was delivered by

45 SOPINKA J. — I have read the reasons of Justice Cory and while I am in agreement with my colleague that the appeal should be allowed, with respect, I cannot agree with the reasons by which he arrived at the result. In the circumstances of the present appeal, I agree that the police officer had reasonable and probable grounds to make a breathalyzer demand based on the results of the screening test along with the other indicia of impairment. However, I am not prepared to hold that, as a matter of law, a “fail” result is sufficient to constitute reasonable and probable grounds, *per se*, where a police officer is aware of circumstances that make the results of the test unreliable.

46 In the case at bar there is no evidence that such circumstances were present. There was no evidence concerning the time when the respondent consumed his last drink of alcohol nor was there

de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme et ils doivent procéder au test immédiatement lorsqu'ils donnent cet ordre. Le paragraphe 254(2) ne prévoit, n'exige ni n'inclut un délai de 15 minutes pour que toute trace possible d'alcool dans la bouche puisse s'évaporer, soit avant l'ordre de fournir un échantillon d'haleine soit avant de procéder au test. Cette conclusion repose sur un examen de la gravité du problème de l'alcool au volant, du régime établi dans le *Code criminel* pour découvrir les conducteurs dont les facultés sont affaiblies et les soumettre ensuite à un test, de la protection du public, de l'absence d'inconvénient pour les conducteurs qui peuvent poursuivre immédiatement leur chemin s'ils réussissent le test ALERT, de l'interprétation de la disposition de façon à respecter la *Charte* et, enfin, de la nature du risque de ne pas procéder immédiatement au test.

#### Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir la déclaration de culpabilité et la peine prononcées au procès.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, McLachlin et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs du juge Cory et, à son instar, je suis d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi; cependant, en toute déférence, je ne souscris pas aux motifs sur lesquels il fonde sa décision. Dans les circonstances de l'espèce, le policier avait, à mon avis, des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest compte tenu des résultats du test de détection et des autres indices d'ébriété. Cependant, je ne suis pas disposé à conclure qu'un «échec» suffit, en droit, à constituer des motifs raisonnables dans le cas où le policier est au courant de circonstances qui rendent non fiables les résultats du test.

En l'espèce, il n'y a aucune preuve de l'existence de telles circonstances. En effet, on n'a pas présenté de preuve quant au moment de la dernière consommation de l'intimé ni quant à d'autres cir-

any evidence of other circumstances which would render the results of the test unreliable. The officer was entitled to rely on the results of the test in support of his opinion that reasonable and probable grounds existed on which to base a demand for a breathalyzer test. The decision as to whether a peace officer believes on reasonable and probable grounds that an offence is being committed and, therefore, that a demand is authorized under s. 254(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, must be based on the circumstances of the case. It is, therefore, essentially a question of fact and not one of pure law.

### I. Relevant Statutory Provisions

#### *Criminal Code*

254. . . .

(2) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is operating a motor vehicle or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft or of railway equipment or who has the care or control of a motor vehicle, vessel or aircraft or of railway equipment, whether it is in motion or not, has alcohol in the person's body, the peace officer may, by demand made to that person, require the person to provide forthwith such a sample of breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of the breath to be made by means of an approved screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of breath to be taken.

(3) Where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under section 253, the peace officer may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require that person to provide then or as soon thereafter as is practicable

(a) such samples of the person's breath as in the opinion of a qualified technician . . .

are necessary to enable proper analysis to be made in order to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, and to accompany the peace

constances qui auraient pour effet de rendre non fiables les résultats du test. Le policier était en droit de se fier à ces résultats pour se faire l'opinion qu'il existait des motifs raisonnables le justifiant d'ordonner un alcootest. C'est en fonction des circonstances de chaque cas qu'il faut décider si un agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre une infraction, le justifiant d'ordonner un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En conséquence, il s'agit essentiellement d'une question de fait et non de droit seulement.

### I. Les dispositions législatives pertinentes

#### *Code criminel*

254. . . .

(2) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme de la personne qui conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef, ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour l'analyser à l'aide d'un appareil de détection approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'article 253 peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible de lui fournir immédiatement ou dès que possible les échantillons suivants:

a) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie;

Aux fins de prélever les échantillons de sang ou d'haleine, l'agent de la paix peut ordonner à cette personne de le suivre.

officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

## II. Issues

The following issues are raised for consideration:

1. Did the Court of Appeal err in law by ruling that unless a peace officer either ascertains when a driver consumed his last drink of alcohol or waits at least 15 minutes before administering an approved screening device test, one cannot rely on a "fail" reading on the approved screening device test in making a breathalyzer demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*?
2. What is the proper interpretation of "forthwith" in s. 254(2) of the *Criminal Code*? Specifically, is it appropriate to read into the meaning of "forthwith" a requirement that a peace officer either ascertain when a subject consumed his last drink of alcohol or wait for a period of 15 minutes before administering an approved screening device test?

## III. Analysis

A. *Does a "fail" result per se furnish reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer?*

The *Criminal Code* provides that where a police officer believes on reasonable and probable grounds that a person has committed an offence pursuant to s. 253 of the *Code*, the police officer may demand a breathalyzer. The existence of reasonable and probable grounds entails both an objective and a subjective component. That is, s. 254(3) of the *Code* requires that the police officer subjectively have an honest belief that the suspect has committed the offence and objectively there must exist reasonable grounds for this belief: *R. v. Callaghan*, [1974] 3 W.W.R. 70 (Sask. Dist. Ct.); *R. v. Belnavis*, [1993] O.J. No. 637 (Gen. Div.) (QL); *R. v. Richard* (1993), 12 O.R. (3d) 260 (Prov. Div.); and see also *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, regarding the requirements for reasonable and probable grounds in the context of an arrest.

## II. Les questions en litige

Notre Cour doit examiner les questions suivantes:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant qu'un agent de la paix ne peut, sauf s'il a déterminé quand le conducteur a pris sa dernière consommation ou s'il a attendu 15 minutes avant de lui faire subir un test au moyen d'un appareil de détection approuvé, se fonder sur un échec enregistré par cet appareil pour lui ordonner de se soumettre à un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*?
2. Quelle est l'interprétation à donner au terme «immédiatement» au par. 254(2) du *Code criminel*? Plus particulièrement, est-il approprié d'affirmer que cette expression signifie qu'un agent de la paix doit soit déterminer le moment de la dernière consommation, soit attendre 15 minutes avant de faire subir un test au moyen d'un appareil de détection approuvé?

## III. Analyse

A. *Un «échec» fournit-il en soi des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest?*

En vertu du *Code criminel*, lorsqu'un policier a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction à l'art. 253 du *Code*, il peut lui ordonner de se soumettre à un alcootest. L'existence de motifs raisonnables comporte un élément objectif et un élément subjectif. En effet, en vertu du par. 254(3) du *Code*, le policier doit subjectivement croire sincèrement que le suspect a commis l'infraction et, objectivement, cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables: *R. c. Callaghan*, [1974] 3 W.W.R. 70 (C. dist. Sask.); *R. c. Belnavis*, [1993] O.J. No. 637 (Div. gén.) (QL); *R. c. Richard* (1993), 12 O.R. (3d) 260 (Div. prov.); voir également *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, relativement aux motifs raisonnables exigés dans le contexte d'une arrestation.

It is clear that Parliament has set up a statutory scheme whereby a screening test can be administered by the police merely upon entertaining a reasonable suspicion that alcohol is in a person's body. The purpose behind this screening test is evidently to assist police in furnishing the reasonable grounds necessary to demand a breathalyzer. The roadside screening test is a convenient tool for confirming or rejecting a suspicion regarding the commission of an alcohol-related driving offence under s. 253 of the *Code*. A "fail" result may be considered, along with any other indicia of impairment, in order to provide the police officer with the necessary reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer. Normally, where a properly conducted roadside screening test yields a "fail" result, this alone will be sufficient to furnish a police officer with such grounds.

Nonetheless, as I stated at the outset, it cannot be said that a "fail" result *per se* provides reasonable and probable grounds. If that were the case, it was open to Parliament to indicate this intention in the *Criminal Code*. Yet, nowhere in s. 254 is it indicated that a "fail" result on an approved screening device is deemed to provide reasonable and probable grounds. Thus, it is necessary to determine as a question of fact in each case whether or not the police officer had an honest belief based on reasonable and probable grounds that the suspect had committed an offence under s. 253 of the *Code*.

Where there is evidence that the police officer knew that the suspect had recently consumed alcohol and expert evidence shows that the subsequent screening test would be unreliable due to the presence of alcohol in the mouth, it cannot be decreed, as a matter of law, that both the subjective and objective tests have been satisfied. To so hold would fly in the face of the evidence. What if the officer testifies that he did not believe that the ALERT reading provided the necessary grounds? Is his or her evidence to be ignored? The requirement in s. 254(3) that reasonable and probable grounds exist is not only a statutory but a constitutional requirement as a precondition to a lawful search and seizure under s. 8 of the *Canadian*

Il est clair que le législateur a établi un régime législatif qui permet au policier de faire subir un test de détection lorsqu'il a simplement des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme d'une personne. Ce test vise de toute évidence à aider le policier à fournir les motifs raisonnables le justifiant d'ordonner un alcootest. Le test de détection routier est un moyen utile de confirmer ou de rejeter un soupçon relativement à la perpétration d'une infraction de conduite avec facultés affaiblies en contravention de l'art. 253 du *Code*. Le policier peut tenir compte d'un «échec» ainsi que de tout autre signe d'ébriété pour déterminer qu'il a des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. En temps normal, lorsqu'un test de détection routier bien effectué donne lieu à un «échec», ce résultat suffira à donner au policier les motifs requis.

Néanmoins, comme je l'ai fait remarquer au début, on ne peut affirmer qu'un «échec» fournit en soi des motifs raisonnables. Si c'était le cas, le législateur aurait pu indiquer son intention dans le *Code criminel*. Pourtant, l'art. 254 n'indique nullement qu'un «échec» à un test au moyen d'un appareil de détection approuvé est réputé fournir des motifs raisonnables. En conséquence, il faut déterminer comme une question de fait dans chaque cas si le policier avait des motifs raisonnables de croire sincèrement que le suspect avait commis une infraction à l'art. 253 du *Code*.

Lorsqu'il existe une preuve que le policier savait que le suspect avait récemment consommé de l'alcool et que la preuve d'expert démontre que l'on ne peut se fier au test de détection à cause de la présence d'alcool dans la bouche, on ne peut, en droit, affirmer que les critères subjectif et objectif ont été respectés. Ce serait faire échec à la preuve que de prétendre le contraire. Qu'en est-il du cas où le policier témoigne que le test ALERT ne lui a pas fourni les motifs nécessaires? Faut-il faire abstraction de son témoignage? L'exigence de motifs raisonnables prévue au par. 254(3) est une exigence non seulement légale, mais aussi constitutionnelle, qu'il faut respecter, en vertu de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à



*Charter of Rights and Freedoms*. Section 8 requires that reasonable and probable grounds exist in fact and not that their presence can be deemed to exist notwithstanding the evidence.

52 With respect, I cannot accept my colleague's suggestion that the interests of preventing drunk driving and the fact that it will be only rarely that circumstances arise whereby the screening test will yield false results justify any "inconvenience arising from the requirement that a breathalyzer test be taken" (p. 276). Those instances, even if they are rare (about which there is no evidence in this case), constitute violations of s. 8 of the *Charter*. I am unaware of any principle of statutory interpretation which sanctions breaches of the *Charter* provided such breaches are rare.

53 Nor do I find much consolation in the observation that someone who has consumed alcohol immediately prior to driving must bear the risk of a "false fail" result on the screening device. Is such a person somehow entitled to less protection than another who waits 15 minutes? Moreover, taking a drink within the 15-minute period is not the only circumstance which renders the test unreliable. According to the RCMP training course manual, the result is also distorted by a burp or a belch. In each case a waiting period of about 15 minutes is recommended. Should all these cases be lumped together to bear the consequences of a "false fail" reading? These individuals, as much as any others, are entitled to the protection of s. 8 of the *Charter*. The fact that a subsequent breathalyzer result may rectify the inaccurate "fail" obtained by a faulty screening test is no solace to an individual whose *Charter* rights have been violated. This is not just a matter of inconvenience to the individual. The existence of reasonable and probable grounds is essential to protect the privacy rights of anyone who might be subjected to a search and seizure by the police.

54 In *R. v. Richardson*, Ont. Prov. Div., October 31, 1990, unreported, Sharpe Prov. Div. J. held that an officer who was trained in the use of screening

titre de condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime. L'article 8 exige que les motifs raisonnables existent dans les faits et non que l'on puisse en présumer l'existence nonobstant la preuve.

En toute déférence, je ne peux souscrire à l'opinion de mon collègue, qui affirme que les intérêts de la prévention de la conduite en état d'ébriété et le fait qu'il y aura rarement des cas où le test de détection donnera des résultats erronés justifient tout «inconvenient découlant de la nécessité de soumettre le conducteur à un alcootest» (p. 276). Ces cas, même s'ils sont rares (ce dont on n'a pas fait la preuve en l'espèce) constituent des violations de l'art. 8 de la *Charte*. Je ne connais aucun principe d'interprétation des lois qui sanctionne les violations de la *Charte*, même rares.

De plus, je ne trouve pas très réconfortante l'observation que la personne qui a consommé de l'alcool immédiatement avant de prendre le volant doit assumer le risque que l'appareil de détection produise un «faux échec». Cette personne aurait-elle droit à moins de protection qu'une autre qui attend 15 minutes avant de partir? Par ailleurs, une consommation dans cette période de 15 minutes ne constitue pas la seule circonstance qui rend le test non fiable. Selon le manuel de formation de la GRC, le résultat est également faussé par une éruption. Dans chaque cas, on recommande d'attendre environ 15 minutes. Toutes les personnes visées par ces cas doivent-elles subir les conséquences d'un «faux échec»? Ces personnes ont, autant que d'autres, droit à la protection de l'art. 8 de la *Charte*. Le fait qu'un alcootest subséquent permette de rectifier le faux «échec» résultant d'un test de détection fautif n'est d'aucun réconfort pour une personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés. Ce n'est pas simplement une question d'inconvénient pour cette personne. L'existence de motifs raisonnables est essentielle à la protection des droits à la vie privée de toute personne qui risque de faire l'objet d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie par la police.

Dans l'affaire *R. c. Richardson*, Div. prov. Ont., 31 octobre 1990, décision inédite, le juge Sharpe a statué qu'un policier qui a appris à utiliser les

devices and who failed to wait 15 minutes prior to administering the test did not have reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer. The reasoning of Sharpe Prov. Div. J. emphasizes that an unreliable test cannot form the necessary legal foundation for a subsequent breathalyzer demand:

Even when the machine is calibrated properly [the reading may be] unreliable if the proper waiting time is not adhered to; this could result [in] a reading that was either too high or too low. An improper taking of the test with a resulting variable reading cannot in the opinion of the court, form either reasonable or probable grounds for the making of a Demand under Section 254(3) of the Criminal Code of Canada. [Emphasis added.]

It must be noted that in *Richardson*, unlike in the case at bar, there was evidence to the effect that the accused had consumed alcohol within the 15 minutes prior to the test.

It is important to understand the frailties associated with the roadside screening tests and the potential unreliability which may result from the presence of mouth alcohol. The manufacturer of the alcohol screening device used in the present case recognizes that when certain circumstances prevail, the results will not be accurate. The following extract from the manufacturer's manual concerning the effects of mouth alcohol is pertinent:

The concentration of alcohol in a drink is much higher than would ever be present in the blood so that, if a breath sample were analysed soon after the subject had consumed his or her last drink, the reading would be very high due to residual alcohol remaining in the mouth. Some of this mouth alcohol would evaporate into the expired air but this breath alcohol reading would not reflect the true blood alcohol concentration.

It is important therefore that a period of at least twenty minutes has elapsed since the subject had his or her last drink. This twenty minute period allows for any mouth alcohol to be dispersed, so that a valid breath alcohol analysis can be carried out to determine the blood alcohol concentration.

appareils de détection mais qui a omis d'attendre 15 minutes avant de faire subir le test n'avait pas de motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. Dans son raisonnement, le juge Sharpe fait ressortir qu'un test non fiable ne peut constituer le fondement juridique nécessaire d'un ordre de se soumettre à un alcootest:

[TRADUCTION] Même si l'appareil est bien calibré [le résultat peut être] non fiable si l'on ne respecte pas le délai approprié; le résultat pourrait être trop élevé ou trop bas. Un test mal administré et le résultat incertain qui s'ensuit ne peuvent, de l'avis de la cour, servir à créer des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest en vertu du par. 254(3) du Code criminel du Canada. [Je souligne.]

Je tiens à faire ressortir que dans l'affaire *Richardson*, contrairement à la situation en l'espèce, il existait une preuve que l'accusé avait pris une consommation dans les 15 minutes qui avaient précédé le test.

Il importe de comprendre que les tests de détection routiers comportent des faiblesses et risquent de ne pas être fiables si une personne a des traces d'alcool dans la bouche. Le fabricant de l'appareil de détection utilisé en l'espèce reconnaît que, dans certaines circonstances, les résultats ne seront pas précis. Voici à cet égard un extrait pertinent du manuel du fabricant, qui porte sur les effets de la présence de traces d'alcool dans la bouche:

[TRADUCTION] La concentration d'alcool dans une consommation est de beaucoup supérieure à celle susceptible d'exister dans le sang, de sorte que si un échantillon d'haleine est analysé peu après la dernière consommation du sujet, le résultat sera très élevé à cause de la présence de traces d'alcool encore dans la bouche. Une partie de ces traces d'alcool serait évaporée dans l'air expiré, mais le résultat ainsi obtenu ne refléterait pas l'alcoolémie réelle.

Il importe en conséquence d'attendre au moins vingt minutes à partir du moment de la dernière consommation du sujet. Au cours de cette période de vingt minutes, il y aura évaporation de toute trace d'alcool dans la bouche et l'on pourra ensuite procéder à une analyse valide de l'haleine pour déterminer l'alcoolémie.

Similarly, if the subject has recently regurgitated or vomited, after a recent drink, this too could introduce alcohol into the mouth and so affect the result of a subsequent breath test. [Emphasis added.]

56

It is also relevant to note the statements in the manual of the training course given by the RCMP with respect to the operation of the screening devices and the unreliability caused by the presence of mouth alcohol:

All deep lung breath samples originate in the lower part of the lungs, pass through the windpipe and the mouth before entering the S-L2. Any residual alcohol present in the mouth during this time will contaminate the breath sample. The raw alcohol, because of its high concentration, saturates the breath sample and produces false high results on the S-L2. As an example, a FAIL may be indicated on the S-L2 when the correct result is actually a WARN or PASS.

Raw alcohol can be present in the mouth as a result of the recent consumption of alcoholic beverages or if a belch or burp were to bring up alcohol from the stomach. This residual alcohol will disappear quite rapidly, generally taking fifteen (15) minutes or less to dissipate.

As a result, the total time from your initial observation of the person at the vehicle until the time the person blows into the S-L2 should not be less than fifteen (15) minutes. This practice will minimize the possibility that mouth alcohol will affect the S-L2 test. [Emphasis added.]

57

Although the RCMP training suggests a waiting period of not less than 15 minutes whereas the manufacturer recommends waiting 20 minutes, the basic concern is the same. In order to ensure that the results of the test are not falsely elevated, one must wait an adequate period of time so that any mouth alcohol present has had an opportunity to dissipate.

58

In the present case, the adverse effect of mouth alcohol on the results of the screening test, as illustrated by the above passages, was confirmed by the expert evidence of Mr. Wong. He testified that, when administering a breathalyzer or a screening

De même, si le sujet a récemment régurgité ou vomi, après une consommation récente, il pourrait aussi y avoir des traces d'alcool dans la bouche, ce qui pourrait aussi modifier le résultat de toute analyse d'haleine effectuée par la suite. [Je souligne.]

Il est également pertinent de citer les passages qui, dans le manuel de la formation offerte par la GRC, portent sur l'utilisation des appareils de détection et leur non-fiabilité lorsqu'il y a présence de traces d'alcool dans la bouche:

[TRADUCTION] Tous les échantillons d'haleine profonde émanent de la partie inférieure des poumons, passent par la trachée et la bouche avant d'entrer dans le S-L2. Toute trace d'alcool présente dans la bouche contaminera l'échantillon d'haleine. L'alcool pur, à cause de sa concentration élevée, sature l'échantillon d'haleine et donne lieu à des résultats faussement élevés sur le S-L2. Ainsi, le S-L2 pourrait bien indiquer un ÉCHEC alors qu'il s'agit d'un cas d'AVERTISSEMENT ou de RÉUS-SITE.

Il peut y avoir présence d'alcool pur dans la bouche s'il y a eu consommation récente de boissons alcoolisées ou si la personne a éructé, ce qui fait remonter l'alcool se trouvant dans l'estomac. Ces traces d'alcool se dissipent assez rapidement, généralement en moins de quinze (15) minutes.

C'est pourquoi il devrait s'écouler au moins quinze (15) minutes entre le moment où vous faites une première observation de la personne au volant et celui où elle souffle dans le S-L2. Cette pratique permettra de réduire au minimum le risque que les traces d'alcool se trouvant dans la bouche viennent fausser le test effectué au moyen du S-L2. [Je souligne.]

Bien que le manuel de formation de la GRC recommande une période d'attente d'au moins 15 minutes et le fabricant, de 20 minutes, la préoccupation fondamentale demeure la même. Pour que les résultats du test ne soient pas faussement élevés, il faut allouer une certaine période pour permettre l'évaporation de toute trace d'alcool dans la bouche.

En l'espèce, le témoignage de l'expert, M. Wong, confirme l'incidence défavorable de la présence de traces d'alcool dans la bouche sur les résultats du test de détection, comme l'illustrent les passages reproduits. Selon M. Wong, lorsqu'il fait

device, as a precaution “[t]he technician is to ensure that the subject has not consumed any alcohol at least twenty minutes prior to taking a first sample”. The reason for the precaution, according to Mr. Wong, was that “if there’s any mouth alcohol, that will falsely elevate the result on the Alcolmeter SL/2 and give a false result”. That is, the blood-alcohol level reading would be falsely elevated.

If the scientific evidence establishes a high degree of unreliability with respect to the screening device when certain conditions prevail, and if a police officer knows, for example based on his or her training, that the resultant screening device will provide inaccurate results where a suspect has consumed alcohol within the 15 minutes prior to administering the test, how can the police officer testify that he or she had an honest belief of impairment, absent other indicia? Surely the knowledge that the screening test is unreliable would vitiate any subjective belief that an officer may have regarding reasonable and probable grounds of the commission of an offence under s. 253 of the *Code*. A police officer will have difficulty in concluding that such a flawed test upgrades one’s mere suspicion into reasonable and probable grounds. If the police officer is to give an honest answer as to his belief, I cannot see how, as a matter of law, we can tell the officer that the answer is wrong.

This, of course, is assuming that the results of the screening test are the sole basis for raising a police officer’s mere suspicion to full reasonable grounds to demand a breathalyzer under s. 253(3) of the *Code*. If other symptoms or indicia are present which are sufficient to provide reasonable and probable grounds, then the officer need not rely solely on a faulty screening device test and the above problem would not necessarily arise. As I indicated earlier, each case must be assessed on its facts. However, a “fail” result *per se* is insufficient to furnish reasonable and probable grounds where circumstances exist as discussed above, such that

subir un alcootest ou un test de détection, à titre de précaution, [TRADUCTION] «[L]e technicien doit s’assurer que le sujet n’a pas consommé d’alcool au cours des vingt dernières minutes avant le prélèvement du premier échantillon». La raison de cette précaution est la suivante: [TRADUCTION] «la présence de traces d’alcool dans la bouche élèvera faussement le résultat de l’alcoomètre SL/2 et donnera un résultat erroné». Ce qui signifie que l’alcoolemie serait faussement élevée.

Si la preuve scientifique établit que l’appareil de détection est loin d’être fiable en présence de certaines conditions et si un policier sait, par exemple à cause de la formation qu’il a reçue, que l’appareil donnera des résultats inexacts dans le cas où un suspect a pris une consommation dans les 15 minutes avant le test, comment ce policier peut-il affirmer dans son témoignage qu’il croyait sincèrement que les facultés de cette personne étaient affaiblies, s’il n’existe pas d’autres signes d’ébriété? De toute évidence, le fait qu’un policier est au courant de la non-fiabilité du test de détection viendrait annihiler toute croyance subjective à l’existence de motifs raisonnables lui permettant de croire à la perpétration d’une infraction à l’art. 253 du *Code*. Un policier aura de la difficulté à conclure qu’un tel test erroné permet de transformer de simples soupçons en motifs raisonnables. Si le policier doit donner une réponse sincère quant à ce qu’il croyait, je ne peux voir comment l’on pourrait, en droit, lui dire que sa réponse est erronée.

Ceci suppose, bien entendu, que les résultats du test de détection serviront seuls à transformer les simples soupçons d’un policier en motifs raisonnables d’ordonner un alcootest en vertu du par. 253(3) du *Code*. Dans le cas où d’autres symptômes ou signes fournissent au policier des motifs raisonnables, alors il n’a pas à se fier seulement sur un test de détection erroné, et le problème mentionné ne se présenterait pas nécessairement. Comme je l’ai déjà indiqué, chaque cas doit être examiné par rapport aux faits qui lui sont propres. Cependant, un «échec» ne suffit pas en soi pour fournir au policier des motifs raisonnables dans le

the police know that the test would yield faulty results.

B. *The interpretation of "forthwith": Must the screening test be administered immediately?*

61

The possibility that a police officer may not be able to rely on a screening device result which is known to be unreliable if it is administered within 15 minutes of the last drink consumed by the suspect raises concerns regarding the requirement of s. 254(2) of the *Code* that the suspect provide a breath sample forthwith. The problem arises if "forthwith" is interpreted to mean that the roadside test must be administered immediately and that there is no authority to delay 15 minutes in order to ensure the accuracy of the test results. As was noted by Fairgieve Prov. Div. J. in *R. v. Richard*, *supra*, if this were the situation then police officers would be faced with the dilemma whereby the test might be invalidated as unreliable if administered without delay, yet would also be invalidated as an unauthorized test under s. 254(2) if the police officer did wait 15 minutes. This would appear to create an intolerable situation as it would emasculate the statutory scheme in circumstances where the police officer knows the suspect has very recently consumed his or her last drink of liquor. In my view, this could not have been the intention of Parliament.

62

This Court has twice before considered the meaning of "forthwith" in the context of the statutory scheme in question. In *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, this Court had the opportunity to consider the meaning of "forthwith" in s. 234.1(1), the predecessor to s. 254(2) of the *Code*. Section 234.1 was worded slightly differently as it applied only to persons driving a motor vehicle and the provision referred to the use of a "roadside" screening device. In the current provision, there is no reference to "roadside" and s. 254(2) applies equally to vessels, aircraft and railway equipment. However, like my colleague Cory J., I do not believe that anything turns on the difference between the provisions. In my view, the characteri-

cas où existent les circonstances dont j'ai parlé, qui lui permettent de savoir que le test donnera des résultats erronés.

B. *L'interprétation du terme «immédiatement»: Le test de détection doit-il être administré tout de suite?*

L'exigence du par. 254(2) du *Code*, que le suspect fournisse immédiatement un échantillon d'haléine, soulève un problème vu le risque qu'un policier puisse bien ne pas être en mesure de se fier au résultat d'un appareil de détection qu'il sait non fiable s'il est administré dans les 15 minutes qui suivent la dernière consommation du suspect. Ce problème existe si l'on considère que le terme «immédiatement» signifie que le test routier doit être administré tout de suite et que le policier n'est aucunement justifié d'attendre 15 minutes pour s'assurer de la fiabilité des résultats du test. Comme le juge Fairgieve l'a fait remarquer dans l'affaire *R. c. Richard*, précité, si tel était le cas, les policiers seraient devant le dilemme suivant: ou le test risque d'être invalidé pour cause de non-fiabilité s'il est administré sans délai, ou il serait aussi invalidé comme étant non autorisé en vertu du par. 254(2) dans le cas où le policier a attendu 15 minutes. Cela créerait une situation intolérable puisque l'on se trouverait à atténuer l'objet de la loi dans les cas où le policier sait que le suspect a consommé son dernier verre très peu de temps auparavant. À mon avis, le législateur ne peut avoir eu cette intention.

Notre Cour a à deux reprises examiné le sens du terme «immédiatement» ou «sur-le-champ» dans le contexte du régime législatif en cause. Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, notre Cour a eu l'occasion d'examiner le sens de «sur-le-champ» au par. 234.1(1), maintenant le par. 254(2) du *Code*, où le terme utilisé est «immédiatement». Le libellé de l'art. 234.1 était légèrement différent puisqu'il visait seulement les conducteurs d'un véhicule à moteur et que l'alcootest était qualifié par le terme «roadside» dans le texte anglais. Dans la disposition actuelle, le terme «roadside» n'apparaît pas et le par. 254(2) s'applique aussi à quiconque conduit un bateau, un aéronef et du matériel ferroviaire. Cependant, à l'instar de mon

zation of the screening device as “roadside” is merely indicative of the fact that, in the old provision, Parliament did not include the possibility that the test could be administered to detect the impaired operation of other vehicles such as aircraft or railway equipment. Section 254(2), however, specifically mentions these forms of transportation and so the test is not necessarily conducted “roadside”. This does not, however, change the meaning to be given to “forthwith”.

In *Thomsen*, it was determined that the roadside demand for a breath sample violated s. 10(b) of the *Charter*; however, the provision was saved by s. 1. In the course of his reasons, Le Dain J. addressed the meaning of “forthwith” at p. 651:

In our reasons for judgment in *Therens*, both Estey J. and I, in comparing s. 234.1(1) [now s. 254(2)] and s. 235(1), also attached importance to the fact that Parliament chose to use the word “forthwith” without qualification in s. 234.1(1) but the words “forthwith or as soon as practicable” and “then or as soon thereafter as is practicable” in s. 235(1).

And later, at p. 653:

These observations emphasize what, as a practical matter, is implied by the words “forthwith” and “roadside” in s. 234.1(1). That there is to be no opportunity for contact with counsel prior to compliance with a s. 234.1(1) demand is, in my opinion, an implication of the terms of s. 234.1(1) when viewed in the context of the breath testing provisions of the *Criminal Code* as a whole. A s. 234.1(1) roadside screening device test is to be administered at roadside, at such time and place as the motorist is stopped, and as quickly as possible, having regard to the outside operating limit of two hours for the breathalyzer test which it may be found to be necessary to administer . . . [Emphasis added.]

Although the above passage states that the screening test should be administered as soon as possible, the fact that one should have regard to the two-hour limit for the breathalyzer test suggests

collègue le juge Cory, je ne crois pas que la différence entre les deux dispositions soit pertinente. À mon avis, le fait que l'ancienne disposition utilisait dans le texte anglais le terme «roadside» est une simple indication que le législateur n'avait pas inclus que le test pourrait être administré pour découvrir les conducteurs d'autres véhicules, comme un aéronef ou du matériel ferroviaire, dont les facultés étaient affaiblies. Toutefois, le par. 254(2) mentionne expressément ces moyens de transport, et le test n'est donc pas alors nécessairement administré sur le bord de la route. Cependant, cela ne modifie pas le sens du terme «immédiatement».

Dans l'arrêt *Thomsen*, notre Cour a statué qu'une demande d'échantillon d'haleine allait à l'encontre de l'al. 10b) de la *Charte*, mais que la disposition était sauvegardée par l'article premier. Dans ses motifs, le juge Le Dain a examiné le sens du terme «sur-le-champ», à la p. 651:

Dans les motifs de jugement que nous avons rédigés dans l'affaire *Therens*, le juge Estey et moi-même, en comparant les par. 234.1(1) [maintenant le par. 254(2)] et 235(1), avons également attaché de l'importance au fait que le législateur a choisi d'utiliser l'expression «sur-le-champ» sans plus au par. 234.1(1), mais l'expression «sur-le-champ ou dès que possible» au par. 235(1).

Et plus loin, à la p. 653:

Ces remarques soulignent ce que sous-entendent en pratique les expressions «sur-le-champ» et «roadside» que l'on trouve au par. 234.1(1). À mon avis, le fait qu'il ne doit pas y avoir d'occasion de communiquer avec un avocat avant d'obtempérer à la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) découle des termes de ce paragraphe lorsqu'ils sont examinés en fonction de l'ensemble des dispositions du *Code criminel* relatives à l'alcootest. L'alcootest [test de détection] que prévoit le par. 234.1(1) doit être pratiqué sur le bord de la route, au moment et à l'endroit où l'automobiliste est arrêté, et aussi rapidement que possible compte tenu du délai de deux heures imparti pour l'éthylométrie [analyse] qu'on peut juger nécessaire de pratiquer . . . [Je souligne.]

Bien que le passage que je viens de citer précise que le test de détection doit être administré dès que possible, le fait qu'il faut tenir compte du délai de deux heures imparti pour l'analyse laisse entendre

that a 15-minute delay would not offend the provision nor the scheme of s. 254 of the *Code*. Implicit in the requirement that the sample be provided forthwith is any operational time component. The peace officer has to ready the equipment and instruct the suspect on what to do. In short, the statutory provisions must allow the time required to take a proper test. The duration of this time requirement is constrained by the fact that there is an overall time limit of two hours if the scheme is to work.

qu'un délai de 15 minutes n'irait pas à l'encontre du régime prévu à l'art. 254 du *Code* ni de son objet. L'exigence de prélèvement immédiat de l'échantillon comporte implicitement un délai opérationnel. L'agent de la paix doit préparer le matériel et indiquer au suspect ce qu'il doit faire. Bref, les dispositions législatives doivent accorder suffisamment de temps pour procéder à un test valable. Le temps nécessaire doit s'inscrire à l'intérieur du délai global de deux heures prévu pour assurer le bon fonctionnement du régime.

65

In *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, this Court considered the meaning of "forthwith" in relation to essentially the identical provision as s. 254(2) of the *Code*. In that case the issue was whether waiting 30 minutes for the necessary apparatus to be delivered fell outside the meaning of "forthwith" such that there was no authorized demand to submit to the screening device test. Lamer C.J., for the Court, held that the reasons in *Thomsen* were directly applicable to the amended provision, s. 238(2) (now s. 254(2)). It was concluded that the actions of the police officer fell outside the ambit of s. 238(2) since the officer did not demand that the suspect provide a breath sample forthwith. In this regard, Lamer C.J. stated the following, at p. 150:

Dans l'arrêt *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, notre Cour a examiné le sens du terme «immédiatement» employé dans une disposition essentiellement semblable au par. 254(2) du *Code*. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si une attente de 30 minutes avant la livraison de l'appareil requis était contraire au sens du terme «immédiatement», de sorte que l'ordre de se soumettre au test de détection n'était pas autorisé. Le Juge en chef Lamer, au nom de notre Cour, a statué que les motifs dans l'arrêt *Thomsen*, précité, étaient directement applicables à la disposition modifiée, le par. 238(2) (maintenant le par. 254(2)). Notre Cour a conclu que les gestes du policier n'étaient pas conformes au par. 238(2) puisqu'il n'avait pas demandé que le suspect fournisse immédiatement un échantillon d'haleine. À cet égard, le juge en chef Lamer affirme à la p. 150:

The context of s. 238(2) indicates no basis for departing from the ordinary, dictionary meaning of the word "forthwith" which suggests that the breath sample is to be provided immediately. Without delving into an analysis of the exact number of minutes which may pass before the demand for a breath sample falls outside of the term "forthwith", I would simply observe that where, as here, the demand is made by a police officer who is without an A.L.E.R.T. unit and the unit does not, in fact, arrive for a half hour, the provisions of s. 238(2) will not be satisfied. [Emphasis added].

Rien dans le contexte du par. 238(2) ne permet d'attribuer au mot «immédiatement» un sens différent de celui que lui donne habituellement le dictionnaire, soit que l'échantillon d'haleine doit être fourni tout de suite. Sans analyser plus à fond le nombre exact de minutes qui peuvent s'écouler pour que l'on puisse considérer que l'échantillon d'haleine n'a pas été fourni «immédiatement», je ferais toute simplement observer que, dans le cas où, comme en l'espèce, le policier qui donne l'ordre n'a pas d'alcootest (A.L.E.R.T.) en sa possession et où le dispositif en question n'arrive qu'une demi-heure plus tard, l'ordre donné ne respecte pas les dispositions du par. 238(2). [Je souligne.]

66

The above passage seems to indicate that the *Grant* case does not rule out the possibility that there is in fact some leeway to administer the test after a certain period of delay. Lamer C.J. expressly declined to decide the exact length of

Ce passage semble indiquer que l'arrêt *Grant* n'écarte pas la possibilité que le policier dispose d'une certaine latitude pour faire subir le test après un certain laps de temps. Le juge en chef Lamer a explicitement refusé de déterminer la durée exacte

time before which the demand could be said to fall outside the term "forthwith". In *Grant*, however, a half-hour delay in circumstances where no screening device was even at the scene fell outside the ambit of the *Criminal Code*.

A number of cases decided both prior to *Grant* as well as subsequently have held that "forthwith" does not mean immediately. In *R. v. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293 (C.A.), it was held that the test could be administered as soon as reasonably possible in the circumstances. Finlayson J.A. noted that "forthwith" is defined in Jowitt's Dictionary of English Law as well as in Black's Law Dictionary to mean within a reasonable time having regard to the provision and the circumstances of the case.

In *R. v. Wannacott* (1990), 23 M.V.R. (2d) 248 (Ont. Dist. Ct.), aff'd (1991), 5 O.R. (3d) 300 (C.A.), the police waited nine minutes prior to giving the test due to recent consumption of alcohol. McDermid J. held that waiting in order to ensure the accuracy of the screening test was still within the meaning of forthwith. At page 251, it was stated that "[t]oo narrow an interpretation of the word 'forthwith' in s. 254 will thwart the intention of the Legislature". Thus, where the police act in good faith, delays of this type should not be a basis for rejecting the results of the screening device.

Similarly, in *R. v. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510 (Gen. Div.) the police waited 11 minutes before administering the test because the accused had been smoking which could also adversely affect the test results. Hayes J. cited *Grant* as well as *Wannacott* and held that the delay of 11 minutes was within the meaning of "forthwith" in s. 254(2) of the *Code*.

du délai à l'expiration duquel l'ordre d'un policier se situerait en dehors de la portée du terme «immédiatement». Cependant, dans l'arrêt *Grant*, un délai d'une demi-heure alors qu'il n'y avait même pas d'appareil de détection sur les lieux n'était pas conforme au *Code criminel*.

Dans un certain nombre de décisions rendues avant l'arrêt *Grant* et par la suite, les tribunaux ont statué que le terme «immédiatement» ne signifie pas tout de suite. Dans l'arrêt *R. c. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293 (C.A.), le tribunal a statué que le test pourrait être administré dès qu'il était raisonnablement possible de le faire compte tenu des circonstances. Le juge Finlayson a fait remarquer que, suivant le Jowitt's Dictionary of English Law ainsi que le Black's Law Dictionary, le terme «*forthwith*» signifie dans un délai raisonnable compte tenu de la disposition et des circonstances de l'affaire.

Dans l'arrêt *R. c. Wannacott* (1990), 23 M.V.R. (2d) 248 (C. dist. Ont.), conf. par (1991), 5 O.R. (3d) 300 (C.A.), le policier avait attendu neuf minutes avant de faire subir le test parce qu'il y avait eu consommation récente d'alcool. Le juge McDermid a conclu que l'on était toujours à l'intérieur de la définition du terme «immédiatement» dans le cas où l'attente vise à assurer l'exactitude du test de détection. Il affirme à la p. 251: [TRADUCTION] «Une interprétation trop restrictive du terme «immédiatement» à l'art. 254 irait à l'encontre de l'intention du législateur.» En conséquence, dans le cas où la police agit de bonne foi, les délais de cette nature ne devraient pas servir de fondement au rejet des résultats du test de détection.

De même, dans l'affaire *R. c. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510 (Div. gén.), la police avait attendu 11 minutes avant de faire subir le test parce que l'accusé avait fumé, ce qui risquait aussi d'en fausser les résultats. Le juge Hayes a cité l'arrêt *Grant* ainsi que la décision *Wannacott* et a conclu que cette attente de 11 minutes respectait le sens du terme «immédiatement» visé au par. 254(2) du *Code*.

67

68

69



70

Accordingly, it appears that courts are willing to give a broad interpretation to the meaning of “forthwith” as set out in the *Grant* decision. In my view this is appropriate given the wording and context of the legislation. The relevant portion of s. 254(2) of the *Code* reads as follows:

... the peace officer may, by demand made to that person, require the person to provide forthwith such a sample of breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of the breath to be made by means of an approved screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of breath to be taken. [Emphasis added.]

The provision specifically contemplates that the police officer is entitled to demand a breath sample which enables a proper analysis of the breath. In the situation where the officer knows that a suspect has just recently consumed alcohol, a proper sample can only be attained by waiting at least 15 minutes. Thus, the wording of the provision adds support to the argument that “forthwith” must be given a flexible interpretation.

71

This conclusion is also supported by two recent cases from the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Pierman; R. v. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704, the court considered whether police officers are entitled to wait 15 minutes prior to taking a breath sample under s. 254(2) of the *Code* in order to ensure proper functioning of the machine. After reviewing the jurisprudence, Arbour J.A. stated that whether or not one can delay 15 minutes cannot be determined in the abstract. If the police could never wait 15 minutes, then the officer would be faced with the choice of disregarding the “fail” result due to the suspicion of its unreliability, or taking the suspect for a breathalyzer test and overlooking the concern that the screening result may have been falsely high. On the other hand, Arbour J.A. noted that if the officer is entitled to wait 15 minutes before administering the test, this unduly expands the detention without access to counsel. Arbour J.A. concluded as follows at p. 711:

En conséquence, il appert que les tribunaux sont disposés à donner une interprétation large au terme «immédiatement» comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Grant*. À mon avis, cette interprétation est appropriée compte tenu du libellé et du contexte du texte législatif. Voici à cet égard le passage pertinent du par. 254(2) du *Code*:

L'agent de la paix [...] peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour l'analyser à l'aide d'un appareil de détection approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon. [Je souligne.]

Cette disposition prévoit expressément qu'un policier a le droit d'ordonner à une personne de lui fournir l'échantillon d'haleine nécessaire à l'analyse. Dans le cas où le policier sait qu'un suspect a récemment consommé de l'alcool, il doit attendre au moins 15 minutes avant de prélever un échantillon valable. En conséquence, le libellé de la disposition appuie l'argument que le terme «immédiatement» doit être interprété avec souplesse.

Deux affaires récentes entendues à la Cour d'appel de l'Ontario viennent aussi appuyer cette conclusion. Dans *R. c. Pierman; R. c. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704, la cour a examiné si les policiers sont autorisés à attendre 15 minutes avant de prélever un échantillon d'haleine en vertu du par. 254(2) du *Code* pour s'assurer du bon fonctionnement de l'appareil. Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Arbour a précisé que l'on ne pouvait décider dans l'abstrait s'il fallait attendre 15 minutes ou non. Si le policier n'avait jamais la possibilité d'attendre 15 minutes, alors il pourrait soit ne pas tenir compte de l'«échec» à cause du risque de non-fiabilité du résultat, soit ordonner au suspect de se soumettre à un alcootest sans se préoccuper du fait que le résultat du test de détection était peut-être faussement élevé. Par contre, le juge Arbour a fait remarquer que si le policier a le droit d'attendre 15 minutes avant de faire subir le test, il prolongé ainsi excessivement la période de détention pendant laquelle le suspect n'a pas accès à l'assistance d'un avocat. Le juge Arbour conclut à la p. 711:

In my view, a police officer cannot delay the taking of a breath sample, when acting pursuant to s. 254(2) of the *Criminal Code*, unless he or she is of the opinion that a breath sample provided immediately will not allow for a proper analysis of the breath to be made by an approved screening device. The officer is not required to take a sample that she or he believes is not suitable for a proper analysis. The expression "proper analysis" incorporates an element of accuracy . . . If there are facts which cause the officer to form the opinion that a short delay is required in order to obtain an accurate result, I think that the officer is acting within the scope of the section in delaying the taking of the breath sample. In such a case, as I indicated earlier, I do not think that it matters whether the officer postpones making the demand or postpones administering the test after having made the demand. [Emphasis added.]

Therefore, because in that case there was evidence that Pierman might have consumed alcohol just prior to being stopped by the police, it was legitimate to delay the test. Whereas, in Dewald's case, the police had no information as to when the accused last consumed alcohol and so delaying the test was not justifiable. Arbour J.A. held that the police can only detain a suspect for an extra 15 minutes where there is some factual basis upon which to suspect that the screening device would yield an inaccurate result.

I adopt the flexible approach taken by Arbour J.A. In my view, it is in accord with the purpose of the statutory scheme and ensures that a police officer has an honest belief based on reasonable and probable grounds prior to making a breathalyzer demand. Waiting 15 minutes is permitted under s. 254(2) of the *Code* when this is in accordance with the exigencies of the use of the equipment. This applies when an officer is aware of the potential inaccuracy in the particular case.

Although there is no doubt that the screening test should generally be administered as quickly as possible, it would entirely defeat the purpose of Parliament to require the police to administer the screening test immediately in circumstances where the results would be rendered totally unreliable and

[TRADUCTION] À mon avis, un policier ne peut retarder le prélèvement de l'échantillon d'haleine, lorsqu'il agit en application du par. 254(2) du *Code criminel*, sauf s'il est d'avis qu'un échantillon d'haleine prélevé immédiatement ne pourra être analysé à l'aide d'un appareil de détection approuvé. Le policier n'est pas tenu de prélever un échantillon qui, à son avis, ne pourra être analysé convenablement. L'expression «*proper analysis*» [employée dans le texte anglais] comporte un élément d'exactitude. [...] Dans le cas où des faits portent le policier à croire qu'il est nécessaire d'attendre un peu pour obtenir un résultat exact, j'estime qu'il agit à l'intérieur du cadre de la disposition s'il retarde le prélèvement de l'échantillon d'haleine. Dans un tel cas, comme je l'ai déjà indiqué, il importe peu que le policier attende pour ordonner au suspect de se soumettre à un test ou attende pour le faire subir après avoir donné cet ordre. [Je souligne.]

Par conséquent, dans cette affaire, le policier pouvait légitimement attendre pour faire subir le test parce qu'il existait une preuve que Pierman avait peut-être consommé de l'alcool juste avant d'être intercepté. Cependant, dans le cas de Dewald, le policier n'avait aucun renseignement quant au moment où l'accusé avait pris sa dernière consommation d'alcool et il n'était pas justifié de retarder le test. Le juge Arbour a conclu que la police ne peut détenir un suspect pendant une période additionnelle de 15 minutes que dans le cas où des faits lui permettent de croire que l'appareil de détection donnerait un résultat inexact.

J'adopte la démarche souple préconisée par le juge Arbour. À mon avis, elle est conforme à l'objet du régime législatif et garantit qu'un policier a une conviction sincère fondée sur des motifs raisonnables avant d'ordonner un alcootest. Le paragraphe 254(2) du *Code* permet d'attendre 15 minutes pour se conformer aux exigences d'utilisation de l'appareil. Ceci s'applique dans le cas où un policier sait que le résultat risque de ne pas être exact dans un cas donné.

Certes, il n'y a pas de doute que le test de détection devrait généralement être administré dès que possible; cependant, on irait tout à fait à l'encontre du but du législateur si l'on exigeait que la police fasse subir le test de détection tout de suite dans des circonstances qui rendraient les résultats totale-

72

73

74

flawed. The flexible approach strikes the proper balance between Parliament's objective in combating the evils of drinking and driving, on the one hand, and the rights of citizens to be free from unreasonable search and seizure. I do not believe that the matter is advanced by quoting statistics. Although we all agree that Parliament has every reason to vigorously pursue the objective of reducing the carnage on our highways, that objective is not advanced by subjecting innocent persons to invasions of privacy on the basis of faulty tests. I do not believe that this is what Parliament intended in enacting s. 254 of the *Criminal Code*.

75

I note that a potential problem which may arise from delaying the screening test, and which was discussed by my colleague in his reasons as well as by Arbour J.A., is whether the suspect is entitled to access to counsel when detained for a longer period. In the *Thomsen* case, it was held that the roadside screening procedure was a reasonable limit on one's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. In my view, a delay in the order of 15 minutes in order to obtain a proper sample of breath is not inconsistent with *Thomsen*. It would indeed be strange for us to hold that the rights of some persons under one provision of the *Charter* (s. 8) must be sacrificed in order to preserve the limit on their rights under another provision (s. 10(b)).

### C. Application to the facts of this case

76

In light of the above analysis, it is necessary to determine whether, on the facts of this particular case, the police officer had an honest belief on reasonable and probable grounds that the respondent had committed an offence under s. 253 of the *Code* notwithstanding the potential unreliability of the screening device.

77

As my colleague Cory J. noted, several other potential indicia of impairment were present in this case aside from the evidence provided by the screening test. Constable Mashford testified that

ment non fiables et faussés. L'adoption d'une démarche souple permet d'établir l'équilibre approprié entre l'objectif du législateur dans sa lutte contre les méfaits de la conduite en état d'ébriété, d'une part, et les droits des citoyens de ne pas faire l'objet de fouilles, de perquisitions ou de saisies abusives, d'autre part. À mon avis, rien ne sert de citer des statistiques. Bien que nous soyons tous d'accord pour dire que le législateur a raison de chercher énergiquement à réduire l'hécatombe sur nos routes, on n'aide nullement à la réalisation de cet objectif en permettant qu'il soit porté atteinte à la vie privée de personnes innocentes sur le fondement de tests erronés. À mon avis, ce n'est pas l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a adopté l'art. 254 du *Code criminel*.

Je tiens à mentionner un problème, examiné par mon collègue et par le juge Arbour, que le fait d'attendre avant de faire subir un test de détection risque de soulever: le suspect a-t-il droit à l'assistance d'un avocat s'il est détenu pendant plus longtemps? Dans l'arrêt *Thomsen*, précité, notre Cour a statué que le test de détection constituait une limite raisonnable au droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte*. À mon avis, il n'est pas incompatible avec l'arrêt *Thomsen* d'attendre 15 minutes pour obtenir un échantillon d'haleine valable. Il serait en fait curieux que notre Cour statue qu'il y a lieu de sacrifier les droits de certaines personnes garantis par une disposition de la *Charte* (l'art. 8) pour préserver la restriction imposée aux droits que leur garantit une autre disposition (l'al. 10b)).

### C. Application aux faits en l'espèce

Compte tenu de l'analyse qui précède, il est nécessaire de déterminer si le policier avait, à partir des faits en l'espèce, des motifs raisonnables de croire sincèrement que l'intimé avait commis une infraction à l'art. 253 du *Code*, nonobstant la non-fiabilité possible de l'appareil de détection.

Comme mon collègue le juge Cory le fait remarquer, il existait en l'espèce plusieurs autres signes d'ébriété à part la preuve fournie par le test de détection. L'agent Mashford a témoigné qu'il avait

he noticed a vehicle exceeding the speed limit and drifting, on two occasions, from the shoulder of the road to the centre and back with the brake lights flickering on and off. As well, upon questioning the respondent, a smell of liquor was detected and the respondent admitted that he had been drinking. Furthermore, Constable Mashford also noticed that the respondent's eyes were extremely red and glassy. Based on the foregoing, arguably the police officer could have had reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer even absent any screening device test results. In that case, the potential unreliability of the test results would not vitiate any belief based on reasonable and probable grounds.

However, Constable Mashford testified as follows:

Upon having the — the reading of fail registered on [the screening device] I, at that point, formed the opinion that Mr. Bernshaw's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. [Emphasis added.]

Thus, the evidence would appear to indicate that, despite the other possible indicia of impairment, he did not form a belief based on reasonable and probable grounds, which would authorize a breathalyzer demand, until after administering the roadside screening test. In this regard, MacKenzie Prov. Ct. J. concluded the following:

It was clear that Constable Mashford's suspicion that Mr. Bernshaw might be impaired was raised to a belief that he had reasonable and probable grounds to make a breathalyzer demand because of the failure on the ALERT device. [Emphasis added.]

For the purposes of my reasons, I will assume that absent the "fail" result on the screening test, there would not have been sufficient reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer. Therefore, it must be determined if Constable Mashford was entitled to rely on the "fail" result of the screening test.

In the present case, there is absolutely no evidence with respect to the timing of the respondent's last drink. That is, it is unknown whether any alcohol was consumed within a period of 15

remarqué un véhicule qui circulait à une vitesse excédant la limite et qui, à deux reprises, était allé de l'accotement jusqu'au centre de la route, et dont les feux de freinage s'allumaient et s'éteignaient. De plus, lorsqu'il a interrogé l'intimé, il a décelé une odeur d'alcool et l'intimé a admis avoir bu. En outre, l'agent Mashford a constaté que ses yeux étaient extrêmement rouges et vitreux. En se fondant sur ce qui précède, on peut soutenir que le policier pouvait avoir suffisamment de motifs raisonnables d'ordonner un alcootest, même en l'absence de résultats obtenus au moyen d'un appareil de détection. Dans ce cas, la non-fiabilité possible de ces résultats n'aurait pas eu pour effet de vicier une croyance fondée sur des motifs raisonnables.

Cependant, l'agent Mashford a témoigné en ces termes:

[TRADUCTION] Lorsque j'ai vu que [l'appareil de détection] avait enregistré un «échec», c'est à ce moment que je me suis fait l'opinion que la capacité de M. Bernshaw de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool. [Je souligne.]

La preuve paraît donc indiquer que, malgré les autres indices possibles d'ébriété, il n'a acquis une croyance fondée sur des motifs raisonnables, le justifiant d'ordonner un alcootest, qu'après avoir fait subir le test de détection. À cet égard, le juge MacKenzie conclut en ces termes:

[TRADUCTION] Il est clair que les soupçons que l'agent Mashford avait quant aux facultés affaiblies de M. Bernshaw se sont transformés en motifs raisonnables de croire qu'il lui était justifié d'ordonner un alcootest à cause de l'échec au test ALERT. [Je souligne.]

Pour les fins qui m'intéressent, je vais supposer que, abstraction faite de «l'échec» au test de détection, il n'existait pas suffisamment de motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. En conséquence, il faut déterminer si l'agent Mashford avait le droit de se fier à «l'échec» au test de détection.

En l'espèce, il n'existe absolument aucune preuve quant au moment de la dernière consommation de l'intimé, c'est-à-dire que l'on ne sait pas s'il avait pris une consommation dans les 15

minutes prior to the screening test. The police officer made no inquiry concerning how long it was prior to administering the screening test that the respondent last consumed alcohol. Without Constable Mashford having this knowledge, it is too speculative to assert that the screening device result was unreliable. Where the particular screening device used has been approved under the statutory scheme, the officer is entitled to rely on its accuracy unless there is credible evidence to the contrary.

81 It was suggested by the respondent that prior to demanding that a suspect submit a breath sample for the screening test, the police officer ought to inquire when the suspect last consumed alcohol in order to ensure an accurate test. However, in my view, there is no duty on the police to make any such inquiry. A suspect is under no obligation to answer such a question and thus it would be improper to impose such a duty on the police. That is not to say that the suspect may not volunteer such information, either spontaneously or in response to a query of the police. In such a case, where the officer is told that the detainee has consumed liquor within the last 15 minutes, or where other reasons exist for the officer to believe that alcohol was recently present in the mouth of the suspect due to regurgitation, the officer may wait an appropriate period of time prior to administering the screening device. However, the police are not required to ascertain such information by posing the question to the suspect prior to administering the screening device test.

82 That is not to say that the mere fact the officer is told by the suspect that alcohol has recently been consumed automatically requires the delay of the screening test. A police officer is entitled to disbelieve the suspect, in which case there will be no doubt in the mind of the officer regarding the validity of the screening device results. However, if the officer believes the suspect, then in order to ensure an accurate test, a delay will be justified. It must be assumed that the police officer will act *bona fide* in this regard. If he does not, the trial judge is in a position to find that the officer lacked the necessary ground.

minutes qui ont précédé le test de détection. Avant de faire subir ce test, le policier n'a pas demandé à l'intimé quand il avait pris sa dernière consommation. Puisque l'agent Mashford ne disposait pas de cette information, il serait trop conjectural de soutenir que le résultat obtenu de l'appareil de détection n'était pas fiable. Dans le cas où l'appareil de détection utilisé a été approuvé en vertu du régime législatif, le policier peut se fier à l'exactitude de cet appareil sauf s'il existe une preuve crédible à l'effet contraire.

De l'avis de l'intimé, avant d'ordonner à un suspect de se soumettre à un test de détection, le policier doit lui demander quand il a pris sa dernière consommation afin de s'assurer d'obtenir un résultat précis. Cependant, à mon avis, la police n'est pas obligée de faire cette demande. Un suspect n'étant pas tenu de répondre à une telle question, il ne serait pas approprié d'imposer à la police une telle obligation. Cela ne veut pas dire que le suspect ne peut de lui-même fournir ces renseignements, soit de façon spontanée ou en réponse à une question de la police. Dans un tel cas, si le policier est informé que le détenu a consommé de l'alcool dans les 15 minutes qui précèdent, ou s'il a d'autres motifs de croire que le suspect a récemment eu des traces d'alcool dans la bouche parce qu'il a régurgité, il peut attendre pendant une période appropriée avant de faire subir le test de détection. Cependant, le policier n'est pas tenu d'obtenir ces renseignements en posant une question en ce sens au suspect avant de faire subir le test de détection.

Cela ne veut pas dire pour autant que le policier doit automatiquement retarder le test de détection en raison du simple fait que le suspect lui dit qu'il a récemment pris une consommation d'alcool. Un policier a le droit de ne pas croire le suspect, auquel cas il n'aura aucun doute quant à la validité des résultats du test de détection. Cependant, si le policier croit le suspect, alors il sera justifié de retarder le test afin d'en assurer l'exactitude. On doit supposer que le policier agit de bonne foi à cet égard. Sinon, le juge du procès sera en mesure de conclure que le policier n'avait pas le motif requis.

In other cases, the evidence establishing the fact that the person has consumed a substance which will skew the results is manifest and the officer will no doubt wait a period of time to ensure that the screening test results are accurate. For example, the officer may have actually witnessed the suspect consume alcohol within the last 15 minutes. See *R. v. Jackson* (1993), 147 A.R. 173 (Q.B.).

In the present case, Mr. Wong gave evidence that the presence of mouth alcohol could distort the results of the roadside test. Expert evidence in the abstract is not helpful unless there is a link to the facts of the particular case. Even if the expert testifies that the screening device would be wholly unreliable in the event that a suspect has had alcohol within the 15 minutes prior to the test, this evidence is meaningless where there is no evidence that alcohol was in fact recently consumed. Therefore, at best, the expert evidence of Mr. Wong could only show that a possibility existed that the screening device would be inaccurate. This is not sufficient to vitiate an honest belief based on reasonable and probable grounds where the police officer did not believe that the test would be unreliable and one could only speculate whether or not it would, in fact, have been unreliable.

Illustrative of my conclusion on the facts of this case is the decision in *R. v. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507 (Alta. C.A.), a case factually analogous to the one at bar. The police officer in that case failed to wait 15 minutes prior to administering the roadside screening test in order to ensure that the presence of mouth alcohol would not skew the results. The court noted that there was no evidence that the accused had any alcohol in his mouth nor that this was a realistic possibility. Doubt about contamination by mouth alcohol was mere speculation and so there was no reason for the officer to have believed that the test results may have been unreliable. Therefore, the search was held to be reasonable.

Dans d'autres cas, il existe une preuve manifeste du fait que la personne a consommé une substance qui aura pour effet de fausser les résultats, et le policier attendra alors sûrement pendant un certain temps pour s'assurer de l'exactitude des résultats. Par exemple, le policier peut avoir été témoin du fait que le suspect a consommé de l'alcool dans les 15 minutes qui précèdent. Voir *R. c. Jackson* (1993), 147 A.R. 173 (B.R.).

En l'espèce, M. Wong a affirmé dans son témoignage que la présence de traces d'alcool dans la bouche risque de fausser les résultats du test routier. Le témoignage de l'expert, pris dans l'abstrait, n'est pas utile, sauf s'il peut se rattacher aux faits en l'espèce. Même si l'expert soutient que l'appareil de détection ne serait aucunement fiable dans le cas où un suspect a consommé de l'alcool au cours des 15 minutes avant le test, ce témoignage n'est d'aucune utilité si l'on n'a pas fait la preuve d'une consommation récente d'alcool. En conséquence, le témoignage d'expert de M. Wong pourrait tout au plus démontrer l'inexactitude possible de l'appareil de détection. Cela ne suffit pas à vicier une croyance sincère fondée sur des motifs raisonnables lorsque le policier croyait en la fiabilité du test; la réponse à la question de savoir si le test aurait en fait été fiable ou non ne serait que pure conjecture.

L'arrêt *R. c. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507 (C.A. Alb.), dont les faits sont analogues à ceux de l'espèce, vient appuyer la conclusion à laquelle j'arrive à partir des faits. Dans cette affaire, le policier n'avait pas attendu 15 minutes avant de faire subir le test de détection pour s'assurer que la présence de traces d'alcool dans la bouche ne vienne fausser les résultats. La cour a indiqué qu'il n'existait aucune preuve que l'accusé avait des traces d'alcool dans la bouche ni que c'était une possibilité réaliste. Les doutes soulevés relativement à la contamination causée par des traces d'alcool dans la bouche étaient de simples conjectures et le policier n'avait donc aucun motif de croire que les résultats du test risquaient de ne pas être fiables. Par conséquent, la cour a jugé que la fouille n'était pas abusive.

86 Similarly, on the facts of this case, I would conclude that Constable Mashford did have the necessary reasonable and probable grounds to make a breathalyzer demand under s. 254(3) of the *Code*.

#### IV. Disposition

87 In the result, I would also allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and restore the conviction and sentence imposed at trial.

The following are the reasons delivered by

88 L'HEUREUX-DUBÉ J. — With all due respect to my two colleagues, I do not find either of their approaches to resolving the problem raised by the present appeal entirely satisfactory. On one hand, I cannot agree with Justice Cory that the ALERT test should be administered immediately even under circumstances where it would not be objectively reasonable to do so. On the other hand, I cannot agree with Justice Sopinka that we should adhere so purely to the subjective component of reasonable and probable grounds that we should leave officers to judge personally in every case whether a short hold-off period in administering the ALERT test is warranted. In my opinion, the correct approach to interpreting the interaction of ss. 254(2) and (3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, lies in between their proposed approaches. I believe that there is a practical middle ground which I encourage the police to follow as standard procedure in the future, which will both simplify and clarify the administration of the ALERT test.

89 The interaction of ss. 254(2) and (3) of the *Criminal Code* presents, on its face, a conundrum. On one hand, s. 254(2) requires that the ALERT test be administered “forthwith”. At the same time, s. 254(3) stipulates that an officer must believe on reasonable and probable grounds that an offence under s. 253 has been committed in order to found a breathalyzer demand. On the one hand, a screening test that is not administered “forthwith” is not a proper demand under s. 254(2) of the *Code*, and is therefore not a basis for proceeding further

De même, vu les faits de l'espèce, je suis d'avis de conclure que l'agent Mashford avait les motifs raisonnables nécessaires pour ordonner un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code*.

#### IV. Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée et la peine infligée au procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — En toute déférence pour mes deux collègues, aucune de leur approche ne me semble entièrement satisfaisante pour résoudre le problème que soulève ce pourvoi. D'une part, je ne peux être d'accord avec le juge Cory que le test ALERT devrait être administré immédiatement même dans des circonstances où il ne serait pas objectivement raisonnable de le faire. D'autre part, je ne peux non plus être d'accord avec le juge Sopinka que nous devrions adhérer de façon aussi stricte au critère subjectif des motifs raisonnables de sorte que nous laissions aux policiers la tâche de juger par eux-mêmes dans chaque cas si un court délai dans la demande du test ALERT est requis. J'estime que l'approche la plus appropriée dans l'interprétation de l'interaction entre les par. 254(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, se situe entre les deux pôles qu'ils avancement. Il existe, à mon avis, une solution mitoyenne pratique que j'encourage la police à adopter comme la norme procédurale à suivre, de nature à la fois à simplifier et à clarifier l'administration du test ALERT.

L'interaction des par. 254(2) et (3) du *Code criminel*, à première vue, fait problème. D'une part, le par. 254(2) exige que le test ALERT soit administré «immédiatement». Du même souffle, le par. 254(3) prévoit qu'un policier doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à l'art. 253 a été commise pour pouvoir requérir un alcootest. D'autre part, un test de détection qui n'est pas administré «immédiatement» ne constitue pas une demande appropriée en vertu du par. 254(2) du *Code*, et ne saurait en conséquence justifier

against the motorist. On the other hand, the respondent's expert evidence suggests that there are instances in which administering the screening test "forthwith" would render the test unreliable due to the presence of mouth alcohol. Following this conundrum through to its logical conclusion, where a test is unreliable to the knowledge of the officer administering it, then how can he or she rely upon it as the basis for the reasonable and probable belief required by s. 254(3)?

In my view, it is entirely conceivable, indeed likely, that Parliament did not at the time of passing this legislation advert to the possibility that mouth alcohol could render a roadside screening test manifestly unreliable. It most likely assumed that such a test could be administered forthwith and provide meaningful results sufficient to give rise to the grounds necessary for a breathalyzer demand. The respondent's uncontradicted expert evidence suggests that the assumption that the results are meaningful could very well be wrong in certain circumstances. Where the officer comes across such circumstances, he or she may no longer be able to rely uniquely upon the screening test for the reasonable and probable grounds required to make a breathalyzer demand. An interpretive Catch-22 therefore ensues. Although it is quite manifest that Parliament intended its approved screening devices to be capable of furnishing the necessary reasonable and probable grounds to found a breathalyzer demand, we are now faced with a situation in which one of the assumptions upon which that scheme was founded may be demonstrably incorrect in certain circumstances. Given that the plain language of the provisions gives this Court little guidance regarding Parliament's intention in such a situation, I propose to address this problem by reference to, firstly, the spirit and purpose of the legislation and, secondly, the underlying *Charter* values with which we must strive to remain consistent (*Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078).

d'autres mesures contre le conducteur. Par contre, selon le témoin expert de l'intimé, il y a des cas où un test de détection administré «immédiatement» donnerait lieu à des résultats non fiables à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. La conclusion logique de cette énigme serait la suivante: si le policier qui fait subir le test sait qu'il n'est pas fiable, comment peut-il s'y fier pour acquérir les motifs raisonnables exigés par le par. 254(3)?

J'estime qu'il est tout à fait concevable, en fait probable, que le législateur n'ait pas envisagé, lors de l'adoption de la disposition, la possibilité que la présence de traces d'alcool dans la bouche rende un test de détection manifestement non fiable. Il a fort vraisemblablement supposé qu'un tel test pouvait être administré immédiatement et fournir des résultats significatifs qui devaient suffire à fournir les motifs nécessaires à une demande de se soumettre à un alcootest. Selon le témoignage de l'expert de l'intimé, qui n'a pas été contredit, la présomption selon laquelle les résultats sont exacts pourrait bien être erronée dans certaines circonstances. Dans de telles circonstances, un policier ne peut plus se fier uniquement au test de détection pour affirmer qu'il a des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. Il s'ensuit alors une situation sans issue. Bien qu'il soit tout à fait manifeste que le législateur a voulu que les appareils de détection approuvés permettent à un policier d'avoir les motifs raisonnables nécessaires pour requérir un alcootest, nous nous trouvons ici devant un cas où l'on peut démontrer que l'une des présomptions à la base du régime pourrait, dans certaines circonstances, être incorrecte. Puisque le sens ordinaire des termes employés dans les dispositions en cause donne à notre Cour peu d'indications quant à l'intention du législateur dans un tel cas, je me propose d'examiner ce problème en analysant premièrement l'esprit et l'objet de la loi, et deuxièmement, les valeurs sous-jacentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que nous devons nous efforcer de respecter (*Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078).



91 As I see it, Parliament intended that its roadside screening test scheme principally address two important and interrelated goals: (1) providing a convenient, expedient, and reasonably objective basis upon which police may remove from the highway drivers that pose a potential danger to others while (2) minimizing to the greatest extent possible the unjustifiable inconvenience and detention of drivers. On a literal reading of the provisions in ss. 254(2) and (3) of the *Code*, we cannot give full effect to one aspect of Parliament's purpose without detracting from the other. This Court must therefore determine, as a matter of statutory interpretation, the manner in which ss. 254(2) and (3) of the *Code* interact. In so doing, it must find a way to reconcile the requirement that the screening test be administered "forthwith" with the requirement that a breathalyzer demand be based on "reasonable and probable grounds" in a manner that is consistent with the particular context in which these terms are used in the *Code* yet not inconsistent with *Charter* values.

À mon avis, le législateur avait l'intention que le test de détection rencontre deux objectifs importants et interreliés: (1) fournir à la police un moyen utile, rapide et raisonnablement objectif d'éliminer de nos routes les conducteurs susceptibles de constituer un danger pour les autres et (2) réduire en même temps le plus possible les cas où des conducteurs sont incommodés ou détenus de façon injustifiable. Si l'on interprète littéralement les par. 254(2) et (3) du *Code*, nous ne pouvons donner plein effet à un aspect de l'objectif du législateur sans porter atteinte à l'autre. Notre Cour doit en conséquence déterminer, en tant que question d'interprétation des lois, quelle est la corrélation entre les par. 254(2) et (3) du *Code*. Ce faisant, nous devons trouver un moyen de concilier l'exigence voulant que le test de détection soit administré «immédiatement» avec le fait que la demande de se soumettre à un alcootest doit reposer sur des «motifs raisonnables», d'une façon qui soit compatible avec le contexte particulier dans lequel ces termes sont utilisés dans le *Code*, mais qui ne soit pas incompatible avec les valeurs de la *Charte*.

92 I agree with my colleague Cory J. that a 15-minute postponement of the ALERT test will generally only be necessary in instances where drivers have seen fit to consume alcohol very shortly before driving their car. I agree, moreover, that any inconvenience arising from the requirement to take a breathalyzer test following a fail on the ALERT test is directly attributable to the driver's voluntary act of consuming alcohol so close to the time of driving. In the vast majority of cases, therefore, the driver is, in effect, the author of his or her own misfortune. Finally, I appreciate the fact that the screening test is intended to enable police to evaluate sobriety quickly, efficiently and reasonably reliably in order to remove impaired drivers from the highways. The screening test is a quick heuristic, a rough and ready means to address, curtail and deter a very real danger on the roads. It is a screening device. Implicit in such a role is the acknowledgement that it is not perfect. Partly for this reason, its results carry no penal consequences. In light of all of these considerations, I agree with my colleague Cory J. that the purpose of the ALERT scheme, the comparatively minor consequences of

À l'instar de mon collègue le juge Cory, je suis d'avis qu'il n'y aura généralement lieu d'attendre 15 minutes avant le test ALERT que dans les cas où un conducteur a décidé de consommer de l'alcool juste avant de prendre le volant. Je suis également d'accord pour dire que tout inconvénient lié à la nécessité de se soumettre à un alcootest à la suite d'un échec au test ALERT est directement attribuable à la consommation volontaire d'alcool par le conducteur si peu de temps avant de prendre le volant. Par conséquent, dans la grande majorité des cas, le conducteur est en fait l'artisan de son propre malheur. Enfin, je reconnais que le test de détection vise à permettre à la police de juger rapidement, efficacement et de manière raisonnablement fiable de la sobriété d'une personne, de façon à éliminer de la route les conducteurs dont les facultés sont affaiblies. Le test de détection est un moyen rapide, facile et sommaire de lutter contre un danger très réel sur les routes. C'est un appareil de détection qui, de ce fait même, n'est pas parfait. C'est en partie pour ce motif que ses résultats ne donnent pas lieu à des conséquences pénales. Compte tenu de toutes ces considérations, je suis

a false "fail", and the pressing policy concerns underlying the need for uniformity, certainty and efficiency in the administration of the scheme all militate toward resolving this ambiguity in favour of administering the test in all cases without significant delay. I hesitate, however, to straitjacket police into having to administer the test in situations where it would even be objectively unreasonable to rely on the ALERT test results as the sole basis for formulating a belief on reasonable and probable grounds. I doubt, moreover, that such an unbending interpretation of these two provisions is consistent with the *Charter*.

Like both of my colleagues, I adopt as my starting point the presumption that the ALERT test, a device approved by Parliament, is, when properly administered to the knowledge of the officer, itself sufficient grounds to found the belief on reasonable and probable grounds required to warrant a breathalyzer demand. I do not think that there can be any dispute that this was Parliament's intention. In my view, however, having regard to the purpose of the ALERT scheme and to this Court's obligation to prefer interpretations that are consistent with *Charter* values over those that are not, this rule cannot be absolute.

In my view, there are two *Charter* values which are relevant to interpreting the ambiguity produced by the interaction of ss. 254(2) and (3) of the *Criminal Code*. The first is the value underlying s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that an individual only be detained without counsel for as little time as reasonably possible under the circumstances. This value no doubt informed this Court's interpretation of the term "forthwith" in s. 254(2) in *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, and appears to underlie Cory J.'s approach in the present appeal. The second is the value underlying s. 8 of the *Charter* that individuals not be subject to unreasonable interference with their reasonable expectations of privacy. This value would appear to find expression in Sopinka J.'s reasons. My approach differs from those of my

d'accord avec mon collègue le juge Cory pour dire que l'objet du régime ALERT, les conséquences relativement mineures d'un faux «échec», et les préoccupations de principe urgentes qui sous-tendent la nécessité d'uniformité, de certitude et d'efficacité dans l'application du régime militent tous en faveur de résoudre cette ambiguïté par l'administration du test, sans délai important, dans tous les cas. Cependant, j'hésite à forcer la police à faire subir le test dans les cas où il serait même objectivement déraisonnable de se fier aux résultats du test ALERT comme seul fondement pour baser une croyance à des motifs raisonnables. Par ailleurs, je doute qu'une interprétation aussi rigide de ces deux dispositions soit compatible avec la *Charte*.

Comme mes deux collègues, je pars de l'hypothèse que le test ALERT, un appareil approuvé par le législateur, peut, s'il est bien administré à la connaissance du policier, lui fournir les motifs suffisants requis pour fonder sa croyance en des motifs raisonnables de croire qu'il peut requérir un alcootest. Je ne crois pas que l'on puisse contester que c'était là l'intention du législateur. Cependant, à mon avis, compte tenu de l'objet du régime ALERT et de l'obligation que notre Cour a de préférer les interprétations compatibles avec les valeurs de la *Charte* à celles qui ne le sont pas, cette règle ne peut être absolue.

J'estime que deux des valeurs reconnues par la *Charte* sont pertinentes à l'interprétation de l'ambiguïté à laquelle donne lieu l'interaction des par. 254(2) et (3) du *Code criminel*. La première est la valeur sous-jacente à l'al. 10b) de la *Charte*, selon laquelle une personne ne peut être détenue sans l'assistance d'un avocat que pendant une période aussi courte que possible dans les circonstances. Cette valeur a certainement guidé l'interprétation que notre Cour a donnée au terme «immédiatement» visé au par. 254(2) dans l'arrêt *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, et paraît être à la base de l'analyse du juge Cory en l'espèce. La seconde est la valeur sous-jacente à l'art. 8 de la *Charte* selon laquelle il ne saurait être porté atteinte à la vie privée d'une personne de façon déraisonnable. Cette valeur semble être exprimée dans les motifs du

colleagues Cory and Sopinka JJ. because I seek to balance and give consideration to both values under the circumstances, without specifically giving primacy to one or the other.

95 Since Cory J. has already dealt cogently with the importance of ascribing an interpretation to s. 254(2) that is consistent with the values underlying s. 10(b) of the *Charter*, I prefer to focus on the underlying s. 8 values in s. 254(3) that, under the circumstances, place those s. 10(b) values in counterpoise.

96 I agree with my colleague Sopinka J. that “reasonable and probable grounds” is not only a statutory precondition to a breathalyzer demand but also a touchstone of the *Charter*. I also agree that such grounds ordinarily have both a subjective and an objective component. I am uncomfortable, however, with his conclusion that an officer may hold off administering the test whenever the officer believes there is credible evidence that suggests that the screening test may be unreliable in the given circumstances. His approach would require an officer to assess subjectively the factual basis for reasonable and probable grounds on the whole of the circumstances in each and every instance. It also encourages officers to wait in ambiguous circumstances, out of an abundance of caution. With respect, such an interpretation seems to trench overly on the values underlying s. 10(b) of the *Charter*, and invites second-guessing at trial of the officer’s judgment of a magnitude that strikes me as almost certainly inconsistent with the nature and purpose of the ALERT scheme. This scheme, it must be recalled, was intended by Parliament to facilitate the “rough and ready” roadside evaluation of sobriety with a minimum of inconvenience to the driver and a maximum of certainty and efficiency to those charged with its administration.

97 Even under the *Charter*, “reasonable and probable grounds” can mean different things in different contexts. This Court has previously referred to the

judge Sopinka. Ma démarche diffère de celle de mes collègues les juges Cory et Sopinka en ce que je cherche à trouver un équilibre en considérant ces deux valeurs au regard des circonstances, sans expressément faire primer l’une sur l’autre.

Puisque le juge Cory a déjà fort éloquemment fait ressortir l’importance d’interpréter le par. 254(2) d’une façon compatible avec les valeurs sous-jacentes à l’al. 10b) de la *Charte*, je préfère mettre l’accent sur les valeurs sous-jacentes à l’art. 8 dans le par. 254(3), valeurs qui, dans les circonstances, font contrepois à celles de l’al. 10b).

Je reconnais, comme mon collègue le juge Sopinka, que l’existence de «motifs raisonnables» constitue non seulement une condition statutaire préalable à une demande d’alcooltest, mais aussi une pierre angulaire de la *Charte*. Je conviens également que ces motifs raisonnables comportent ordinairement un élément tant subjectif qu’objectif. Je demeure, cependant, mal à l’aise devant sa conclusion à l’effet qu’un policier peut attendre avant d’administrer le test chaque fois qu’il croit qu’il existe une preuve crédible de nature à suggérer que le test de détection risque de ne pas être fiable dans les circonstances. Cette approche exigerait du policier qu’il évalue subjectivement dans chaque cas le fondement factuel pour évaluer s’il existe des motifs raisonnables par rapport à la totalité des circonstances. Elle encourage aussi le policier à attendre dans des circonstances ambiguës, par excès de prudence. En toute déférence, une telle interprétation semble empiéter indûment sur les valeurs qui sous-tendent l’al. 10b) de la *Charte* et invite, lors du procès, à mettre en doute le jugement exercé par le policier à un point qui, à mon avis, est presque certainement incompatible avec la nature et l’objet du régime ALERT. Le législateur voulait, on se rappellera, que ce régime constitue un moyen «facile et sommaire» d’évaluer la sobriété en bordure de la route, en réduisant au minimum les inconvénients pour le conducteur et en offrant le maximum de certitude et d’efficacité aux personnes chargées de son application.

Même en vertu de la *Charte*, l’existence de «motifs raisonnables» peut vouloir dire différentes choses dans différents contextes. Notre Cour a déjà

standard of “reasonable and probable grounds” as one of “credibly-based probability”: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 167; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 446, and, on another occasion, of “reasonable probability” or “reasonable belief”: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1166 (*per* Wilson J.). These different formulations are, themselves, unhelpful for the purpose of deciding what “reasonable and probable grounds” mean in the case at bar. What is more important is an examination of the context in which that phrase, and the values underlying that phrase, arise.

In *Hunter v. Southam Inc.*, Dickson J. (as he then was) observed that the value actually underlying the s. 8 right against unreasonable search and seizure and the oft-cited requirement that a search be premised on “reasonable and probable grounds” is the “reasonable expectation of privacy” (at pp. 159-60):

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

See also *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 641 (*per* Wilson J.). Notably, this Court has recognized on numerous occasions that what constitutes “reasonableness” and what constitutes a “reasonable expectation of privacy” may vary from one context to the other, depending upon the competing considerations at the heart of the issue: *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 155; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 526-28. “[T]he standard of review of what is ‘reasonable’ in a given context must be flexible if it is to be

affirmé que la norme des «motifs raisonnables» est celle de la «probabilité fondée sur la crédibilité»: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 167; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 446, et, à une autre occasion, elle a parlé de «probabilité raisonnable» ou de «croyance raisonnable»: *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1166 (le juge Wilson). Ces différentes formulations sont en soi peu utiles à l’interprétation de l’expression «motifs raisonnables» dans notre cas. Il importe davantage d’examiner le contexte dans lequel cette expression est employée ainsi que les valeurs qui la sous-tendent.

Dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait remarquer que, dans le cas du droit contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l’art. 8, et de l’exigence souvent citée qu’une fouille ou perquisition doit être fondée sur l’existence de «motifs raisonnables», la valeur sous-jacente est le fait de «s’attendre raisonnablement à la protection de la vie privée» (aux pp. 159 et 160):

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi. [Souligné dans l’original.]

Voir aussi l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la p. 641 (le juge Wilson). Notre Cour a reconnu, à plusieurs reprises, il ne faut pas l’oublier, que ce qui est «raisonnable» et le fait «de s’attendre raisonnablement à la protection de la vie privée» peuvent varier d’un contexte à l’autre, selon le choc des considérations au cœur d’un litige donné: *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 155; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, aux pp. 526 à 528. «[L]a norme d’examen de ce qui est «raisonnable» dans un contexte donné doit

realistic and meaningful”: *McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, at p. 645 (*per Wilson J.*).

être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens»: *McKinlay Transport Ltd.*, précité, à la p. 645 (le juge Wilson).

99

Context has often been differentiated on the basis of whether the offence is criminal/quasi-criminal or administrative/regulatory in nature. See *McKinlay Transport Ltd.*, at p. 647. It need not always depend on such factors, however. In *Simmons*, *supra*, this Court held that the degree of personal privacy reasonably expected at customs border points is lower than that in most other situations and that a fair degree of latitude must be given to customs officials in order for them to effectuate the state interest in controlling both who and what enters its borders. This conclusion was buttressed by the fact that the impugned search in *Simmons* constituted only a strip search, and therefore was not so highly invasive of bodily integrity and dignity that it would be considered unreasonable under s. 8 of the *Charter*. Closer to the question raised in the present appeal, in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, Cory J. emphasized the special context of the lower expectation of privacy in a motor vehicle. In *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, at p. 884, moreover, he underlined the fact that driving was a licensed activity:

[The licensing requirement] serves to confirm that those who drive are familiar with the standards of care which must be maintained by all drivers. There is a further aspect that must be taken into consideration in light of the licensing requirement for drivers. Licensed drivers choose to engage in the regulated activity of driving. They place themselves in a position of responsibility to other members of the public who use the roads.

Although these remarks were made in the context of his discussion of the appropriate *mens rea* requirement for the offence of dangerous driving, I believe his comments to be equally apposite to the context of impaired driving. Equally relevant is the fact that this Court has frequently recognized the unique context in which impaired driving offences arise as a factor in justifying legislation under s. 1

Pour ce qui est du contexte, on a souvent fait une distinction entre d'une part, les infractions criminelles ou quasi criminelles, et, d'autre part, les infractions de nature administrative ou réglementaire. Voir *McKinlay Transport Ltd.*, à la p. 647. Il ne doit pas, toutefois, toujours dépendre de ces facteurs. Dans l'arrêt *Simmons*, précité, notre Cour a statué que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations et qu'il faut donner aux agents des douanes suffisamment de latitude pour leur permettre de répondre à l'intérêt de l'État dans le contrôle tant des personnes que des effets qui entrent sur son territoire. Cette conclusion s'appuyait sur le fait que la fouille attaquée était purement une fouille à nu, et ne violait donc pas de façon aussi invasive l'intégrité physique de la personne pour qu'elle puisse être considérée abusive en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. L'arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527 se rapproche davantage de la question soulevée en l'espèce; le juge Cory y a mis l'accent sur le contexte spécial des attentes moindres en matière de vie privée à l'intérieur d'un véhicule à moteur. En outre, dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, à la p. 884, le juge Cory a fait ressortir le fait que la conduite est une activité qui nécessite un permis:

[L'exigence d'un permis] sert en outre à confirmer que les personnes qui conduisent connaissent les normes de diligence auxquelles sont soumis tous les conducteurs. De plus, vu l'exigence d'un permis de conduire, il faut tenir compte de ce que les titulaires de permis choisissent de se livrer à l'activité réglementée qu'est la conduite d'un véhicule automobile. Ils assument ainsi une responsabilité envers tous les autres membres du public qui circulent sur les chemins.

Bien que ces remarques aient été faites dans le contexte de l'examen que le juge Cory faisait de la *mens rea* exigée pour l'infraction de conduite dangereuse, je suis d'avis qu'elles sont tout aussi pertinentes dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies. Est également pertinent le fait que notre Cour a fréquemment reconnu le contexte unique dans lequel se produisent les infractions de

that was found to violate a *Charter* right. See, e.g., *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Dedman*, [1985] 2 S.C.R. 2.

What is the nature of the reasonable expectation of privacy in relation to the monitored activity in question (in this case, roadside assessments of drivers' sobriety)? As was the case in *Simmons*, *supra*, I believe that this activity is one in which the reasonable expectation of privacy is lower due both to the nature of the activity and to the nature of the means available to regulate it. ALERT tests, spot checks, and other such measures all regulate conduct arising in the particular context of driving and with the particular goal of curtailing a particular subset of that activity — impaired driving. When individuals obtain a driver's licence, they accept the many responsibilities that come with that privilege and, most importantly, undertake a responsibility to others to conduct themselves safely on the nation's roadways. It is common knowledge, moreover, that impaired driving is dangerous and that the state must take certain measures to curb this pressing problem. People who decide to drink and drive do so either in conscious disregard for, or wilful acceptance of, the risks which that activity entails. Any reasonable expectation of privacy which they may entertain while in their vehicle is therefore lower with respect to assessments of their sobriety than with respect to most other activities that do not raise similar considerations. Of course, it is fair to say that once police embark upon investigative action which no longer relates to the regulation of potentially dangerous driving activity, then the rationale articu-

conduite avec facultés affaiblies comme facteur permettant de justifier, en vertu de l'article premier, une loi qui a été jugée contraire à un droit garanti par la *Charte*. Voir par exemple les arrêts *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Dedman*, [1985] 2 R.C.S. 2.

Quelle est la nature des attentes raisonnables en matière de vie privée par rapport à l'activité contrôlée en cause (en l'espèce, la détermination de la sobriété des conducteurs en bordure de la route)? Comme dans le cas de l'arrêt *Simmons*, précité, je suis d'avis qu'il s'agit d'une activité pour laquelle les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres tant à cause de la nature de l'activité que de celle des moyens disponibles pour la réglementer. Les tests ALERT, les contrôles au hasard et autres mesures de cette nature visent toutes à réglementer une activité qui s'exerce dans le contexte particulier de la conduite d'un véhicule et avec le but précis d'enrayer un problème précis — la conduite avec facultés affaiblies. Lorsqu'une personne obtient un permis de conduire, elle accepte les nombreuses responsabilités qui accompagnent ce privilège et, par surcroît, s'engage envers les autres à conduire prudemment sur les routes de notre pays. Par ailleurs, il est de notoriété publique que la conduite avec facultés affaiblies est dangereuse et que l'État doit prendre certaines mesures pour enrayer ce problème urgent. Les personnes qui décident de prendre le volant alors qu'elles ont bu le font sans aucun souci des risques que cette activité génère ou en les acceptant volontairement. Les attentes raisonnables en matière de vie privée que ces personnes peuvent avoir à l'intérieur de leur véhicule sont en conséquence moindres relativement à la détermination de leur sobriété qu'elles le seraient relativement à la plupart des autres activités qui ne soulèvent pas de considérations similaires. Certes, il est juste d'affirmer qu'une fois que la police commence une enquête qui n'a aucun rapport avec la réglementation de la conduite d'un véhicule, conduite susceptible d'être dangereuse, les raisons que j'ai invoquées peuvent ne plus s'appliquer: voir par

lated above may no longer apply: see, e.g., *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

exemple l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

101

I am therefore not altogether convinced that the values underlying s. 8 of the *Charter* require that this Court interpret the "reasonable and probable grounds" standard in the context of the interaction of ss. 254(2) and (3) in the same manner as might otherwise be required in most contexts. In my view, motorists have a lesser reasonable expectation of privacy with respect to verification of their sobriety than they do with respect to other, unrelated offences. This expectation is a function of both the nature of the activity engaged in and the threat that roadside sobriety tests are intended to address. Those who drive after consuming alcohol know full well the risks that they run. It lies ill in the mouth of a motorist who exhibits symptoms sufficient to found an officer's reasonable suspicion that there is alcohol in the body to say that he nonetheless has a reasonable expectation of privacy against reasonable subsequent investigation of that symptom by way of an ALERT screening test and, should a fail result register on that test, a breathalyzer test. Thus, in the interests of certainty and given the very special context of both the problem of impaired driving and the means reasonably available to address that problem, some innovation with respect to the subjective component of "reasonable and probable grounds" is justifiable in order to further Parliament's manifest purpose of effectively addressing, curtailing, and deterring the bane of impaired driving through the screening test scheme. Although I may be mistaken, I fail to see how this conclusion is not also implicit in my colleague Cory J.'s reasons.

En conséquence, je ne suis pas tout à fait convaincue que les valeurs qui sous-tendent l'art. 8 de la *Charte* exigent que notre Cour interprète la norme des «motifs raisonnables» dans le contexte de l'interaction des par. 254(2) et (3) de la même façon qu'elle pourrait être tenue de le faire dans la plupart d'autres contextes. À mon avis, les conducteurs ont des attentes raisonnables moindres en matière de vie privée lorsqu'il s'agit de la vérification de leur sobriété, que celles qu'ils auraient relativement à d'autres infractions qui ne leur seraient pas liées. Ces attentes tiennent tant à la nature de l'activité qu'à la menace contre laquelle les tests de sobriété effectués en bordure de la route veulent lutter. Les personnes qui prennent le volant après avoir consommé de l'alcool connaissent bien les risques qu'elles courent. Un conducteur qui affiche des signes d'ébriété suffisants pour qu'un policier ait des motifs raisonnables de soupçonner qu'il a de l'alcool dans l'organisme serait mal venu de dire qu'il a néanmoins des attentes raisonnables en matière de vie privée, dans le but d'empêcher une vérification raisonnable de ces signes au moyen d'un test ALERT et, en cas d'un échec à ce test, d'un alcootest. En conséquence, dans l'intérêt d'assurer la certitude du régime et compte tenu du contexte très spécial tant du problème de la conduite avec facultés affaiblies que des moyens raisonnables disponibles pour enrayer ce fléau, il est justifié d'innover dans une certaine mesure relativement à l'élément subjectif de la norme des «motifs raisonnables» de façon à réaliser l'objet que le législateur visait manifestement, c'est-à-dire lutter efficacement contre le fléau de la conduite avec facultés affaiblies au moyen des tests de détection. Je peux me tromper, mais je ne vois pas comment les motifs de mon collègue le juge Cory ne comportent pas implicitement cette même conclusion.

102

Having canvassed what I believe to be the two primary *Charter* values attending the interpretation of ss. 254(2) and (3), I now pass to the thorny question of whether a fail on an ALERT test should, as a matter of law, be sufficient to provide

Ayant fait une revue de ce que je considère comme les deux valeurs fondamentales de la *Charte* qui doivent sous-tendre l'interprétation des par. 254(2) et (3), je passe maintenant à l'analyse de l'épineuse question de savoir si un échec au test

the necessary grounds for a breathalyzer demand. As I have already indicated, I believe that a purposive approach to ss. 254(2) and (3) dictates that we generally answer this question in the affirmative, with some limited exceptions, upon which I shall elaborate immediately below.

Firstly, there may be circumstances under which it is not only advisable but actually objectively necessary for the officer to wait a certain period of time in order to obtain a proper sample, such as to prevent damage to the device's detector cell due to smoke (see *R. v. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510 (Gen. Div.); *R. v. Jackson* (1993), 147 A.R. 173 (Q.B.)), or where the officer has actually seen the accused consume alcohol or belch or regurgitate — all actions which the RCMP manual acknowledges can unduly affect the accuracy of the screening test because of the presence of mouth alcohol. In such cases, the officer must objectively know that the device is more likely than not to yield an incorrect reading and must know that the device's results could not form the basis for a breathalyzer demand. If, in the opinion of the officer, there were insufficient other indicia of impairment to justify a breathalyzer demand, then a short wait would be necessary before the ALERT device could be relied on for such a purpose.

Another possibility is that a motorist may volunteer that he has consumed alcohol within the last 15 minutes. In such cases, I would disagree with Sopinka J.'s conclusion that an officer may believe or disbelieve that statement. For the reasons that I have outlined above, I believe that the unique context of roadside assessments of sobriety justifies, as a practical matter, some innovation with respect to the subjective component of reasonable and probable grounds. Consequently, in the interests of certainty, I would say that an officer should, in those cases, take the motorist at his word and hold off administering the test for sufficient time to negate the possibility of mouth alcohol affecting the test. Moreover, even in the absence of such an assertion, where a police officer nonetheless hon-

ALERT devrait être suffisant, en droit, pour établir les motifs nécessaires pour demander un alcootest. Comme je l'ai déjà indiqué, j'estime qu'une analyse fondée sur l'objet des par. 254(2) et (3) exige que, généralement, nous répondions par l'affirmative à cette question, sous réserve de quelques exceptions limités dont je vais discuter maintenant.

Premièrement, il peut y avoir des cas où il est non seulement souhaitable mais en fait objectivement nécessaire que le policier attende un certain temps avant d'obtenir un échantillon approprié, par exemple pour ne pas endommager la cellule de détection de l'appareil parce que la personne a fumé (voir *R. c. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510 (Div. gén.); *R. c. Jackson* (1993), 147 A.R. 173 (B.R.)), ou parce que le policier a effectivement vu la personne accusée consommer de l'alcool, éructer ou régurgiter — ce qui, selon le manuel de la GRC, peut fausser l'exactitude du test de détection à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. Dans ces cas, le policier doit savoir objectivement qu'il y a plus de chances que l'appareil donnera un résultat inexact que le contraire, et il doit savoir que les résultats ne pourraient servir de base à une demande de se soumettre à l'alcootest. Si, de l'avis du policier, il n'existe pas suffisamment d'autres signes d'ébriété le justifiant de requérir un alcootest, il devrait alors attendre pendant une courte période avant de pouvoir se fier à l'appareil ALERT à une telle fin.

Il est possible également qu'un conducteur admette de son plein gré qu'il a consommé de l'alcool dans les 15 dernières minutes. Dans un tel cas, je ne suis pas d'accord avec le juge Sopinka lorsqu'il dit qu'un policier peut croire ou ne pas croire cette affirmation. Pour les motifs déjà mentionnés, je crois que le contexte unique des évaluations de la sobriété en bordure de la route justifie, sur le plan pratique, une certaine innovation relativement à l'élément subjectif des motifs raisonnables. Par conséquent, dans l'intérêt de la certitude, je dirais qu'un policier devrait alors croire le conducteur sur parole et retarder à administrer le test assez longtemps pour empêcher la possibilité que des traces d'alcool dans la bouche influent sur le résultat du test. En outre, même en l'absence



estly believes, for whatever reason, that the motorist has consumed alcohol or smoked within the last 15 minutes then the officer should hold off administering the test for 15 minutes.

105 Whenever the officer decides that it is necessary to wait for a short period in order to ensure the reliability of the ALERT test, however, the officer should read a prepared statement to the motorist, essentially saying: "I believe that you may have consumed alcohol or smoked within the last 15 minutes. Since alcohol consumption or smoking within the last 15 minutes can render this screening test unreliable, I will have to ask you, for your own benefit, to wait 15 minutes without smoking or drinking before I administer this test." By indicating to the motorist the reason for the delay, the officer will give the motorist an opportunity to volunteer additional information which may enable the officer to require the motorist to take the test right away. A motorist who believes that he is sober and who has not consumed alcohol or smoked within the last 15 minutes will at that point have the opportunity to volunteer to take the test right away. This is consistent with Parliament's intention that the ALERT test be administered at a minimum of inconvenience to motorists, enabling those who are clearly below the limit to be on their way. By contrast, a motorist who suspects that he may be over the legal limit will probably remain quiet, hoping to profit from the extra time. In either case, the officer will then be able to rely both reasonably and honestly on the ALERT test result for reasonable and probable grounds.

106 Interpreting s. 254(2) as contemplating a delay under such circumstances, though violating s. 10(b), would be upheld under s. 1 for the very reasons expressed in *R. v. Thomsen, supra*. The reading by police of such a prepared statement where they have formulated an honest belief of recent consumption would minimally impair the motorist's s. 10(b) rights, since it would serve to apprise the motorist of the reason for the delay, and allow the motorist the opportunity to make an informed

d'une telle affirmation, si un policier croit quand même sincèrement, pour quelque motif que ce soit, que le conducteur a consommé de l'alcool ou fumé dans les 15 dernières minutes, il doit alors attendre 15 minutes avant de faire subir le test.

Lorsque le policier décide qu'il doit attendre un certain temps afin de s'assurer de la fiabilité du test ALERT, il devrait toutefois lire au conducteur une formule type disant essentiellement: «Je crois que vous avez pris de l'alcool ou fumé dans les 15 dernières minutes. Puisque le fait d'avoir bu de l'alcool ou fumé dans les 15 dernières minutes peut influencer sur la fiabilité de ce test de détection, je dois vous demander, dans votre propre intérêt, d'attendre 15 minutes, sans fumer ni boire d'alcool, avant que je vous fasse subir le test.» En indiquant au conducteur la raison du délai, le policier lui donnera l'occasion de fournir de son plein gré d'autres renseignements qui pourraient permettre d'exiger qu'il se soumette au test tout de suite. Un conducteur qui croit qu'il est sobre et qui n'a pas consommé d'alcool ni fumé dans les 15 dernières minutes aura, à ce moment-là, la possibilité d'offrir de son plein gré de subir le test immédiatement. Cela est conforme à l'intention du législateur que le test ALERT soit administré avec le moins d'inconvénients possibles pour les conducteurs, de façon à permettre à ceux dont l'alcoolémie est nettement sous la limite légale de poursuivre leur route. Par contre, le conducteur qui craint avoir dépassé la limite légale attendra probablement sans rien dire, espérant bénéficier de la période additionnelle qui lui est allouée. Dans les deux cas, le policier aura alors des motifs raisonnables de se fier à la fois raisonnablement et sincèrement au résultat du test ALERT.

Bien qu'interpréter le par. 254(2) comme envisageant la possibilité d'un délai dans ces circonstances violerait l'al. 10b), cette violation sera justifiée en vertu de l'article premier pour les motifs exprimés dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, précité. La lecture par le policier de la formule mentionnée plus haut lorsqu'il croit sincèrement qu'il y a eu consommation récente porterait atteinte de façon minimale aux droits que l'al. 10b) garantit au conducteur, car le conducteur serait mis au courant des

decision to waive that delay, and to communicate that waiver to the police. Police have a single, clear guideline on how to act in all situations. The administration of the screening tests will be both simplified and clarified, and challenges at trial to the procedure followed by the officer will be minimized. All of this will be accomplished without actually requiring officers to make specific inquiries of the motorist (since such questions may, themselves, raise s. 10(b) *Charter* concerns).

I strongly encourage police to adopt such a practice. I believe that it will make life easier for motorists, for police and for the courts. I would emphasize, however, that failure by the officer to read this statement does not necessarily mean that the motorist's s. 10(b) rights have been violated. The statement need only be read on those occasions when an officer believes, for any credible reason, in recent smoking or alcohol consumption. Mere knowledge, for instance, that the accused has consumed alcohol during the course of the evening, absent other circumstances, would not be sufficiently precise to found such a belief, or to warrant a delay in the administering of the test.

I agree with Sopinka J. that where an officer waits a reasonable amount of time in order to ensure that the ALERT test yields accurate results, this delay is not inconsistent with the requirement in s. 254(2) that the sample be provided "forthwith", nor with this Court's pronouncements in *R. v. Grant*, *supra*, and *R. v. Thomsen*, *supra*. I would simply note that in neither of those cases did this Court turn its mind to contexts in which the delay resulted from the exercise of an abundance of reasonable care. Where the police wait in order to ensure the accuracy of the screening test, this waiting period can only benefit the driver, since it virtually eliminates the possibility that he or she will blow a false "fail" and be taken in for a breathalyzer on an erroneous basis. I cannot help but observe that the admission of breathalyzer evi-

motifs du délai et il aurait ainsi la possibilité de prendre en toute connaissance de cause la décision de renoncer à ce délai et d'en faire part au policier. Les policiers ont ainsi une directive unique et claire sur la façon d'agir dans tous les cas. L'administration du test de détection sera simplifiée et clarifiée, et les contestations, lors du procès, de la procédure suivie par le policier en seront minimisées. Tout cela pourra se faire sans que les policiers aient à poser des questions précises au conducteur (puisque ces questions pourraient, elles-mêmes, entraîner l'application de l'al. 10b) de la *Charte*).

J'encourage fortement les policiers à adopter cette pratique. Je crois qu'elle facilitera les choses pour les conducteurs, pour la police et pour les tribunaux. Je tiens à souligner, toutefois, que l'omission de la part du policier de lire cette formule ne signifiera pas nécessairement qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) garantit au conducteur. La formule ne doit être lue que lorsqu'un policier croit, pour quelque motif crédible que ce soit, que le conducteur a fumé ou consommé de l'alcool récemment. Le simple fait de savoir, par exemple, que l'accusé a consommé de l'alcool au cours de la soirée, en l'absence d'autres circonstances, ne serait pas un motif assez précis pour fonder une telle croyance, ou pour justifier un délai dans l'administration du test.

J'estime avec le juge Sopinka que dans le cas où un policier attend pendant une période raisonnable pour s'assurer de l'exactitude des résultats du test ALERT, ce délai n'est pas incompatible avec l'exigence que l'échantillon soit fourni «immédiatement», prévue au par. 254(2), ni avec les arrêts *R. c. Grant* et *R. c. Thomsen*, précités, de notre Cour. Je noterais simplement que dans aucun de ces deux arrêts notre Cour ne s'est penchée sur des circonstances dans lesquelles le délai a résulté d'un excès de précautions raisonnables. Dans le cas où la police attend pour s'assurer de l'exactitude du test de détection, cette attente ne peut qu'être favorable au conducteur, puisqu'elle élimine pratiquement la possibilité qu'il obtienne un faux «échec» et qu'il doive se soumettre à un alcootest à partir d'un résultat erroné. Je ne puis m'empêcher de faire

107

108

dence obtained under such circumstances, even if it were obtained in violation of the *Charter*, could hardly be seen to bring the administration of justice into disrepute.

109 To summarize, this Court recognized in *Grant*, *supra*, that it is imprudent to make blanket assertions about what length of delay would be inconsistent with the term “forthwith” in s. 254(2). I believe that this term must be approached in a manner that recognizes the interrelationship of ss. 254(2) and (3). In my opinion, it would defy the wording of s. 254(3) and defeat the values underlying s. 8 of the *Charter* to conclude that a fail on an ALERT test can always form the basis for such a demand. It would frustrate the manifest intention of Parliament and invite absurdity to define “forthwith” so strictly that officers must administer the test without delay even in circumstances where they could not even objectively rely on the screening test result for a “proper analysis” and thus for the reasonable and probable grounds required under s. 254(3) for a breathalyzer demand. At the same time, I am concerned that it may trench unduly on the values underlying s. 10(b) of the *Charter* to conclude, without elaboration or guidance to the police, that an officer may hold off administering the test whenever he believes there to be credible evidence that the screening test may not yield accurate results under the circumstances. I also believe such an interpretation to be inconsistent with Parliament’s intention that the screening test be administered with the greatest degree of ease, certainty and efficiency possible to all concerned.

110 In the present case, it would appear from the trial record that the officer did observe other signs of impairment that could have furnished the requisite belief for a breathalyzer demand. The officer’s testimony, however, suggests that he did not form the requisite belief until after he had administered the screening test. The Court of Appeal disposed

remarquer qu’il serait difficile d’affirmer que l’utilisation de la preuve obtenue au moyen d’un alcootest dans de telles circonstances, même en contravention de la *Charte*, serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

En résumé, notre Cour a reconnu dans l’arrêt *Grant*, précité, qu’il est imprudent de faire un énoncé général quant à ce qui constituerait un délai incompatible avec le terme «immédiatement» utilisé au par. 254(2). À mon avis, ce terme doit être interprété d’une façon qui reconnaisse l’interrelation entre les par. 254(2) et (3). En effet, il serait contraire au libellé du par. 254(3) et aux valeurs qui sous-tendent l’art. 8 de la *Charte* de conclure qu’un échec au test ALERT peut en toutes circonstances servir de fondement à une demande d’alcootest. Ce serait aller à l’encontre de l’intention manifeste du législateur et aboutir à une absurdité que de définir le terme «immédiatement» de façon si étroite que les policiers seraient tenus de faire subir le test sans délai même dans les circonstances où ils ne pourraient même pas se fier objectivement au résultat du test de détection aux fins d’une «analyse convenable» et, ainsi, de l’établissement des motifs raisonnables qu’exige le par. 254(3) aux fins d’une demande d’alcootest. Par ailleurs, j’estime que l’on risque d’empiéter excessivement sur les valeurs sous-jacentes à l’al. 10(b) de la *Charte* si l’on conclut, sans élaborer et sans formuler de guide pour la police, qu’un policier peut attendre avant de faire subir le test de détection chaque fois qu’il a raison de croire qu’il existe une preuve crédible que ce test risque de ne pas donner des résultats exacts dans ces circonstances. Je suis aussi d’avis qu’une telle interprétation serait incompatible avec l’intention du législateur, soit que le test de détection devrait être administré avec le plus de facilité, de certitude et d’efficacité possible pour toutes les personnes concernées.

Dans le présent cas, le dossier du procès paraît révéler que le policier a en fait observé d’autres signes d’ébriété qui auraient pu lui permettre d’établir la croyance requise à l’appui d’une demande d’alcootest. Le témoignage du policier suggère, cependant, qu’il n’avait acquis cette croyance qu’après avoir fait subir le test de détection. La

of this case on that basis. Like my colleague Sopinka J., I am therefore prepared to assume that the officer relied on the screening test result as the basis for his breathalyzer demand. For the reasons outlined above, I would conclude that the officer was entitled to rely on the fail registered by the screening device to found the requisite belief for a breathalyzer demand pursuant to s. 254(3). No evidence was adduced that suggested that the officer was aware of recent alcohol consumption or any other factors that could reasonably affect the reliability of the device. As such, he was entitled to rely on the ALERT test as a basis for his breathalyzer demand.

Consequently, I would allow the appeal and reinstate the respondent's conviction.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — I agree with Justice Sopinka and also concur with the suggestions of Justice L'Heureux-Dubé as to certain police procedures being desirable in the circumstances she describes, though not mandatory.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Green, Higinbotham & Claus, Victoria.*

Cour d'appel a tranché l'appel en fonction de ce témoignage. À l'instar de mon collègue, le juge Sopinka, je suis en conséquence disposée à tenir pour acquis que le policier s'est fié au résultat du test de détection comme justification de sa demande d'alcootest. Pour les motifs qui précèdent, je conclurais que le policier pouvait se fier à l'échec enregistré par l'appareil de détection pour former la croyance requise à l'appui d'une demande d'alcootest conformément au par. 254(3). On n'a présenté aucune preuve à l'effet que le policier était au courant d'une consommation récente d'alcool ou de l'existence d'autres facteurs qui auraient pu raisonnablement influencer sur la fiabilité de l'appareil. Il pouvait donc se fier au résultat du test ALERT pour exiger l'alcootest.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je suis d'accord avec le juge Sopinka et je souscris également à titre indicatif et non obligatoire aux propositions du juge L'Heureux-Dubé quant à certaines procédures policières qui seraient souhaitables dans les circonstances qu'elle décrit.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé: Green, Higinbotham & Claus, Victoria.*

111

112