

John B. Thomsen *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. THOMSEN

File No.: 19516.

1987: February 26; 1988: April 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Meaning of "detention" — Accused refusing to provide a breath sample for a roadside screening device — Whether a person subject to a s. 234.1(1) demand for a breath sample for a roadside screening device being "detained" and having right to counsel under s. 10 of the Charter — If so, whether the right to counsel is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1.

A police officer engaged in spot checks of motor vehicles stopped the accused's vehicle because it had a defective headlight. The officer detected an odour of alcohol on the accused's breath and made a formal demand that he provide a breath sample for the roadside screening device. The accused refused. The officer then asked the accused to accompany him to the police car and to sit in the car. The officer then gave him two further opportunities to comply with the demand, but the accused again refused. At no time did the officer inform the accused that he had a right to retain and instruct counsel without delay. The accused was released and charged with having refused to comply with a roadside demand pursuant to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*. At trial, the Provincial Court judge dismissed the charge on the ground that the accused's right, guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*, to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay had been infringed. He held that the accused had been

John B. Thomsen *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. THOMSEN

b

N^o du greffe: 19516.

1987: 26 février; 1988: 28 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un avocat — Signification de «détention» — Refus de l'accusé de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest — La personne sommée en vertu de l'art. 234.1(1) de fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest est-elle «détenue» et a-t-elle le droit à l'assistance d'un avocat aux termes de l'art. 10 de la Charte? — Dans l'affirmative, le droit à l'assistance d'un avocat est-il restreint, dans le cas d'une sommation en vertu de l'art. 234.1(1), par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1.

Un policier chargé d'effectuer des contrôles routiers ponctuels de véhicules automobiles a intercepté le véhicule de l'accusé parce que le véhicule avait un phare défectueux. Le policier a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'accusé et lui a demandé formellement de lui soumettre un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest. L'accusé a refusé. Le policier a alors demandé à l'accusé de l'accompagner jusqu'à la voiture de police et d'y prendre place. Le policier lui a ensuite donné deux autres occasions d'obtempérer à la demande, mais l'accusé a de nouveau refusé. Le policier n'a jamais informé l'accusé qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. L'accusé a été mis en liberté et accusé d'avoir refusé d'obtempérer à une demande de se soumettre à un alcootest aux termes du par. 234.1(2) du *Code criminel*. Au procès, le juge de la Cour provinciale a rejeté l'accusation sur le fondement qu'il y avait eu violation du droit de l'accusé, que garantit l'al. 10b) de la *Charte*, d'être informé de son droit d'avoir recours

detained within the meaning of s. 10 because he was required to obey the police officer when the latter signalled him to pull over and his compliance was therefore not voluntary. On appeal, the County Court set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court of Appeal upheld the judgment. This appeal is to determine (1) whether the s. 234.1(1) demand resulted in a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*; and (2) if so, whether the right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right was subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

The demand made by the police officer to the accused, pursuant to s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, to accompany him to the police car and to provide a sample of breath for a roadside screening device resulted in a detention of the accused within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. In its use of the word "detention", s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee. In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is a detention within s. 10 of the *Charter*, when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel. The necessary element of compulsion or coercion to constitute a detention may arise from criminal liability for refusal to comply with a demand or direction, or from a reasonable belief that one does not have a choice as to whether or not to comply. A section 234.1(1) demand by a police officer falls within these criteria. The demand by which the officer assumed control over the movement of the accused was one which might have significant legal consequence because, although the evidence provided by the roadside screening device could not be introduced against the accused, it might provide the basis for a s. 235(1) breathalyzer demand. For this reason, and given the criminal liability under s. 234.1(2) for refusal, without reasonable excuse, to comply with the demand, the situation was one in which a person might reasonably require the assistance of counsel. The criminal liability for refusal also con-

sans délai à l'assistance d'un avocat. Il a conclu que l'accusé avait été détenu au sens de l'art. 10 parce qu'il avait été tenu d'obéir au policier lorsque ce dernier lui a fait signe de se ranger et le respect de cet ordre n'a donc pas été volontaire. En appel, la Cour de comté a annulé l'acquiescement et a ordonné un nouveau procès. La Cour d'appel a confirmé le jugement. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) a entraîné une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*; et (2) dans l'affirmative, si le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit était, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), restreint par une règle de droit, dans une limite raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La sommation faite à l'accusé par un policier aux termes du par. 234.1(1) du *Code criminel*, de l'accompagner à une voiture de police et de lui fournir un échantillon d'haleine pour fin d'alcootest entraîne la détention de l'accusé au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai. Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat. L'élément nécessaire pour que la contrainte ou la coercition constitue une détention peut découler de la responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre ou de la croyance raisonnable qu'une personne n'a pas le choix d'obtempérer ou non. La sommation faite en vertu du par. 234.1(1) par un policier relève de ces critères. La sommation par laquelle le policier a restreint la liberté d'action de l'accusé pouvait entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique parce que, même si l'élément de preuve fourni par l'alcootest ne pouvait être présenté contre l'accusé, il pouvait constituer le fondement d'une demande de se soumettre à un éthylométrie en vertu du par. 235(1). Pour ce motif, et à cause de la responsabilité criminelle qui découle du par. 234.1(2) en cas de refus, sans excuse raisonnable, d'obtempérer à la sommation, il s'agissait d'une situation dans laquelle une

stituted the necessary compulsion or coercion to make the restraint of liberty a detention. The difference in duration of the restraint of liberty resulting from a s. 234.1(1) demand and that resulting from a s. 235(1) demand is not such as to prevent the former from constituting a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

Thus the accused had the right, upon being detained by the s. 234.1(1) demand and before responding to that demand, to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right, and there was an infringement of it, unless the right is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society, within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

An accused's right to retain counsel without delay is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter*. A limit prescribed by law within the meaning of s. 1 may result by implication from the terms of a legislative provision or its operating requirements. It need not be an explicit limitation of a particular right or freedom. That there is to be no opportunity for contact with counsel prior to compliance with a s. 234.1(1) demand is 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 section 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 pursuant to s. 235(1) of the *Code*.

The limit imposed by s. 234.1(1) of the *Code* on the right to counsel is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The important role played by roadside breath testing is not only to increase the detection of impaired driving, but also to increase the perceived risk of its detection which is essential to its effective deterrence. The importance of this role makes the necessary limitation on the right to retain and instruct counsel at the roadside testing stage a reasonable one that is demonstrably justified in a free and democratic society, having regard

personne pouvait raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus constituait également la contrainte ou la coercition nécessaire pour que l'entrave à la liberté constitue une détention. Il n'y a pas suffisamment de différence entre la durée de l'entrave à la liberté qui résulte d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) et celle qui résulte d'une sommation faite en vertu du par. 235(1) pour empêcher que la première constitue une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

L'accusé avait donc le droit lorsqu'il était détenu en vertu d'une sommation faite aux termes du par. 234.1(1) et avant d'obtempérer à cette sommation, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, et il y a eu violation de ce droit, à moins que celui-ci ne soit restreint, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Le droit de l'accusé d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat est restreint, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. Une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier peut découler implicitement des termes d'une disposition législative ou de ses conditions d'application. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une restriction explicite d'un droit ou d'une liberté en particulier. Le fait qu'il ne doit pas y avoir d'occasion de communiquer avec un avocat avant d'obtempérer à une 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 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 qu'on peut estimer nécessaire de pratiquer aux termes du par. 235(1) du *Code*.

Toutefois cette restriction imposée par le par. 234.1(1) du *Code* au droit à un avocat est justifiable aux termes de l'article premier de la *Charte*. Le rôle important que joue l'alcootest n'est pas seulement d'augmenter la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies, mais d'accroître la perception du risque qu'ils soient découverts, ce qui est essentiel pour constituer un moyen de dissuasion efficace. L'importance de ce rôle fait en sorte que la restriction nécessaire au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat à l'étape de l'alcootest

to the fact that the right to counsel will be available, if necessary, at the more serious breathalyzer stage.

Cases Cited

Applied: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **considered:** *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; **referred to:** *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655; *Rahn v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 659; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Altseimer* (1982), 1 C.C.C. (3d) 7; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, art. 234.1 [en. 1974-75-76, c. 93, s. 15], 235 [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 16], 237 [idem, s. 18].
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 36.

Authors Cited

Falconer, Julian. "The Alert Demand and the Right to Counsel: 'The Problem with Talbourdet'" (1986), 28 *Crim. L.Q.* 390.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered March 14, 1985, dismissing the accused's appeal from a judgment of Quinlan Co. Ct. J. (1983), 23 M.V.R. 162, which set aside the accused's acquittal and ordered a new trial on a charge of failing without reasonable excuse to comply with a roadside breath demand. Appeal dismissed.

William D. Mackie, Q.C., and *Peter DiMartino*, for the appellants.

M. A. MacDonald, for the respondent.

E. A. Bowie, Q.C., for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The general issue raised by this appeal is whether a person to whom a demand was made by a police officer, pursuant to the former

au bord de la route est une restriction raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, compte tenu du fait qu'il sera possible d'avoir droit à un avocat, si nécessaire, à l'étape plus sérieuse de l'éthylométrie.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêts examinés:** *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; **arrêts mentionnés:** *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655; *Rahn c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 659; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Altseimer* (1982), 1 C.C.C. (3d) 7; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234.1 [aj. 1974-75-76, chap. 93, art. 15], 235 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 16], 237 [idem, art. 18].
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 36.

Doctrine citée

Falconer, Julian. «The Alert Demand and the Right to Counsel: 'The Problem with Talbourdet'» (1986), 28 *Crim. L.Q.* 390.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 14 mars 1985, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre un jugement du juge Quinlan de la Cour de comté (1983), 23 M.V.R. 162, qui avait annulé l'acquittement de l'accusé et ordonné un nouveau procès relativement à une accusation de refus sans excuse raisonnable d'obtempérer à une demande d'alcootest. Pourvoi rejeté.

William D. Mackie, c.r., et *Peter DiMartino*, pour l'appelant.

M. A. MacDonald, pour l'intimée.

E. A. Bowie, c.r., pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question générale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si une personne à laquelle un agent de police a demandé,

s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, to accompany him to a police car and to provide a sample of breath for a roadside screening device, had, before responding to such demand, the right, guaranteed by s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. That issue turns on two questions: (a) whether the s. 234.1(1) demand resulted in a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*; and (b) if so, whether the right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right was subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on March 14, 1985, dismissing an appeal from the judgment of Quinlan Co. Ct. J. on August 8, 1983, 23 M.V.R. 162, which set aside the acquittal of the appellant by Sharpe Prov. Ct. J. on May 4, 1983 and ordered a new trial of the appellant on a charge of failing or refusing, without reasonable excuse, to comply with a demand for a sample of breath contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*.

I

On December 17, 1982, a police officer engaged in spot checks of motor vehicles in the Town of Halton Hills, Ontario, and equipped with an A.L.E.R.T. roadside breath testing device, stopped the appellant's vehicle because it had a defective headlamp. At the officer's request the appellant produced his driver's licence, which the officer examined. In the course of conversation with the appellant the officer detected the odour of alcohol on the appellant's breath. The officer testified that as a result of the odour on the appellant's breath and his conversation with the appellant he formed a reasonable suspicion that the appellant had alcohol in his blood and he made a formal demand

aux termes de l'ancien par. 234.1(1) du *Code criminel*, de le suivre jusqu'à une voiture de police et de lui soumettre un échantillon d'haleine pour telle demande, le droit, garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. Cette question se subdivise en deux: a) celle de savoir si la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) a entraîné une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*; et b) dans l'affirmative, celle de savoir si le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit était, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), restreint par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Le pourvoi, autorisé par la Cour, est formé contre l'arrêt rendu le 14 mars 1985 par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel interjeté contre le jugement rendu le 8 août 1983 par le juge Quinlan de la Cour de comté, 23 M.V.R. 162, qui avait annulé l'acquiescement de l'appelant prononcé par le juge Sharpe de la Cour provinciale le 4 mai 1983 et ordonné que l'appelant subisse un nouveau procès relativement à une accusation d'omission ou de refus, sans excuse raisonnable, de donner un échantillon d'haleine contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*.

I

Le 17 décembre 1982, un policier chargé d'effectuer des contrôles routiers ponctuels de véhicules automobiles dans la ville de Halton Hills (Ontario) et muni d'un alcootest A.L.E.R.T. a intercepté le véhicule de l'appelant parce qu'il avait un phare défectueux. Le policier a demandé à l'appelant de lui présenter son permis de conduire et l'a examiné. Le policier a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'appelant pendant qu'il conversait avec lui. Le policier a déposé que, étant donné l'odeur exhalée par l'appelant et par suite de sa conversation avec lui, il avait des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans son sang et lui a demandé formellement de lui soumettre un

that the appellant provide a sample of breath for the roadside screening device. The appellant refused. The officer then asked the appellant to accompany him to the officer's car and to sit in the car. The appellant was seated in the officer's car for about 15 minutes while the officer wrote in his notebook and prepared an appearance notice. During this time the officer explained the reason for the demand for a roadside sample of breath and gave the appellant two further opportunities to comply with the demand, but the appellant again refused. At no time did the officer inform the appellant that he had a right to retain and instruct counsel without delay. The appellant was released on an appearance notice, his vehicle was parked and his driver's licence was suspended for 12 hours. On December 24, 1982, the appellant was charged with having failed or refused on or about December 17, 1982 in the Town of Halton Hills "to comply with a demand made to him by a peace officer to provide forthwith a sample of his breath, suitable for analysis, by means of an approved roadside screening device", contrary to s. 234.1(2) of the *Criminal Code*.

At the trial of the appellant in the Provincial Court (Criminal Division), Sharpe Prov. Ct. J. dismissed the charge against the appellant on the ground that the appellant's right, guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*, to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay had been infringed. He held that the appellant had been detained within the meaning of s. 10 because he was required to obey the police officer when the latter signalled him to pull over and his compliance was therefore not voluntary. He further held that since counsel might have advised the appellant to comply with the demand for a sample of breath there was a sufficient "nexus" between the *Charter* infringement and the charge to warrant dismissal of the charge.

On the Crown's appeal from this judgment to the County Court of the Judicial District of Halton, Quinlan Co. Ct. J. allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial on the ground that Sharpe Prov. Ct. J. had made a finding that the appellant had been detained

échantillon d'haleine pour fin d'alcootest. L'appellant a refusé. Le policier lui a alors demandé de l'accompagner jusqu'à sa voiture et d'y prendre place. L'appellant est demeuré assis dans la voiture de police pendant environ 15 minutes alors que l'agent écrivait dans son carnet et préparait un avis de comparution. Pendant ce temps, l'agent lui a expliqué pour quelle raison il lui avait demandé un échantillon d'haleine pour l'alcootest et lui a donné l'occasion à deux autres reprises d'obtempérer à la demande, mais l'appellant a de nouveau refusé. Le policier n'a jamais informé l'appellant qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. L'appellant a été mis en liberté après avoir reçu un avis de comparution, son véhicule a été conduit dans un parc de stationnement et son permis de conduire a été suspendu pendant 12 heures. Le 24 décembre 1982, l'appellant a été accusé d'avoir omis ou refusé, le 17 décembre 1982 ou vers cette date, dans la ville de Halton Hills [TRADUCTION] «de soumettre sur-le-champ l'échantillon d'haleine demandé par un agent de la paix pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcootest», contrairement au par. 234.1(2) du *Code criminel*.

Au procès de l'appellant devant la Cour provinciale (Division criminelle), le juge Sharpe a rejeté l'accusation portée contre l'appellant pour le motif qu'il y avait eu violation du droit que l'al. 10(b) de la *Charte* lui garantissait d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Il a conclu que l'appellant avait été détenu au sens de l'art. 10 parce qu'il avait été tenu d'obéir à l'agent de police lorsque ce dernier lui avait fait signe de se ranger et, par conséquent, le respect de cet ordre n'était pas volontaire. Il a en outre conclu que, puisque l'avocat aurait pu conseiller à l'appellant de soumettre l'échantillon d'haleine demandé, il existait un «lien» suffisant entre la violation de la *Charte* et l'accusation pour justifier le rejet de cette dernière.

Le juge Quinlan de la Cour de comté du district judiciaire de Halton a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre ce jugement, a annulé l'acquittal et a ordonné un nouveau procès pour le motif que le juge Sharpe de la Cour provinciale avait conclu que l'appellant avait été

before the evidence was complete. He was also of the view, however, that the appellant had not been detained, relying on the judgment of Ritchie J. in *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, for the meaning of detention under s. 10 of the *Charter*.

The appellant's appeal from this judgment was dismissed by the Ontario Court of Appeal (Lacourcière, Goodman and Cory J.J.A.) in a brief endorsement by Lacourcière J.A. for the reasons given by the Court of Appeal in *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 and *R. v. Altseimer* (1982), 1 C.C.C. (3d) 7 and by this Court in *Chromiak*.

The former s. 234.1 of the *Criminal Code*, which was repealed by s. 36 of the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, and replaced by a new s. 238 of the *Code*, provided for mandatory roadside breath testing at the relevant time as follows:

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

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

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

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

(3) In proceedings under this section, where it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be

détenu avant que la preuve ne soit complète. Toutefois, invoquant les motifs du juge Ritchie dans l'arrêt *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, pour ce qui est de définir le terme «détention» que l'on trouve à l'art. 10 de la *Charte*, il a également exprimé l'avis que l'appelant n'avait pas été détenu.

L'appel interjeté par l'appelant contre ce jugement a été rejeté sommairement par le juge Lacourcière, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Lacourcière, Goodman et Cory), pour les motifs donnés par la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 et *R. v. Altseimer* (1982), 1 C.C.C. (3d) 7, et par cette Cour dans l'arrêt *Chromiak*.

L'ancien article 234.1 du *Code criminel* qui a été abrogé par l'art. 36 de la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, et remplacé par le nouvel art. 238 du *Code*, prescrivait l'alcootest obligatoire à l'époque en cause de la manière suivante:

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

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

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

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

(3) Pour l'application du présent article, le prévenu est réputé avoir la garde ou le contrôle du véhicule à moteur lorsqu'il est prouvé qu'il occupait le siège habi-

deemed to have had the care or control of the vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion.

(4) In this section, "approved road-side 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 purpose of this section by order of the Attorney General of Canada.

Section 10 of the *Charter* provides:

10. Everyone has the right on arrest or detention

- (a) to be informed promptly of the reasons therefor;
- (b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and
- (c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

On the appeal to this Court the following constitutional questions were stated by Estey J. in his order of January 8, 1987:

1. Is an individual investigated by a police officer pursuant to s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada, in force as of December 24, 1982, detained within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, does s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada, as applied, violate the right of an individual to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right, contrary to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If s. 234.1 of the *Criminal Code* of Canada violates the right to counsel and the right to be informed thereof, contrary to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 234.1, as applied, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

II

The first issue in the appeal is whether the demand made by the police officer to the appellant, pursuant to s. 234.1(1) of the *Criminal Code*, to accompany the officer to his car and to provide a sample of breath for a roadside screening device

tuel du conducteur, à moins d'établir qu'il n'a pas pris place à bord du véhicule dans l'intention de le faire démarrer.

(4) Au présent article, «alcooltest approuvé» désigne un instrument d'un genre conçu pour procéder à l'analyse chimique d'un échantillon de l'haleine d'une personne afin d'établir son taux d'alcoolémie et approuvé pour l'application du présent article par ordonnance du procureur général du Canada.

Voici le texte de l'art. 10 de la *Charte*:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

- a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
- b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;
- c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

Lors du pourvoi devant cette Cour, le juge Estey a énoncé les questions constitutionnelles suivantes dans son ordonnance du 8 janvier 1987:

1. Lorsqu'un policier fait enquête sur une personne en vertu de l'art. 234.1 du *Code criminel* du Canada en vigueur le 24 décembre 1982, celle-ci est-elle détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 234.1 du *Code criminel* du Canada, dans son application, viole-t-il, contrairement à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit qu'a une personne d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit?
3. Si l'article 234.1 du *Code criminel* du Canada viole, contrairement à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, l'art. 234.1 est-il, dans son application, justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

II

La première question qui est soulevée dans le pourvoi est de savoir si la sommation faite par un agent de police à l'appelant, conformément au par. 234.1(1) du *Code criminel*, de le suivre jusqu'à sa voiture et de lui fournir un échantillon d'haleine

resulted in a detention of the appellant within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

In the course of argument reference was necessarily made to the implications for this issue of the judgment of this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, in which it was held that a demand made by a police officer to the respondent, pursuant to the former s. 235(1) of the *Criminal Code*, to accompany the officer to a police station and to submit to a breathalyzer test resulted in a detention of the respondent within the meaning of s. 10 of the *Charter*. The former s. 235 of the *Code* provided:

235. (1) Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 234 or 236, he may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable such samples of his breath as in the opinion of a qualified technician referred to in subsection 237(6) are necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

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

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

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

The judgment in *Therens* was applied by the Court to the same issue respecting detention in *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655, at p. 657, and in *Rahn v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 659, at p. 661, in the following terms: "For the reasons given in the judgment of this Court in *R. v. Therens*, *supra*, we hold that as a result of the s. 235(1) demand the appellant was detained within

pour fin d'alcootest a entraîné une détention de l'appelant, au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

Au cours des débats, on a nécessairement mentionné les conséquences qu'a sur cette question l'arrêt de cette Cour *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, où on a jugé que la sommation faite par un policier à l'intimé, conformément à l'ancien par. 235(1) du *Code criminel*, de le suivre au poste de police pour subir une éthylométrie a entraîné la détention de l'intimé au sens de l'art. 10 de la *Charte*. Voici le texte de l'ancien art. 235 du *Code*:

235. (1) L'agent de la paix qui croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 234 ou 236, peut, par sommation, exiger sur-le-champ ou dès que possible, qu'elle fournisse les échantillons d'haleine qui, de l'avis d'un technicien qualifié visé au paragraphe 237(6), sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son taux d'alcoolémie et qu'elle le suive afin de prélever ces échantillons.

(2) Quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à une sommation qui lui est faite par un agent de la paix aux termes du paragraphe (1), est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, et passible

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

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

La Cour a appliqué l'arrêt *Therens* à la même question concernant la détention dans l'arrêt *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655, à la p. 657, et dans l'arrêt *Rahn c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 659, à la p. 661, de la manière suivante: «Pour les motifs donnés dans l'arrêt de cette Cour *R. c. Therens*, précité, nous concluons que, par suite de la sommation qui lui a été faite conformé-

the meaning of s. 10 of the *Charter* and that he was therefore denied the right to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay." I venture to restate what I perceive to be the essentials of those reasons, as they appear in my judgment in *Therens*, as follows:

1. In its use of the word "detention", s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay, but for the constitutional guarantee.

2. In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is a detention within s. 10 of the *Charter*, when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel.

3. The necessary element of compulsion or coercion to constitute a detention may arise from criminal liability for refusal to comply with a demand or direction, or from a reasonable belief that one does not have a choice as to whether or not to comply.

4. Section 10 of the *Charter* applies to a great variety of detentions of varying duration and is not confined to those of such duration as to make the effective use of *habeas corpus* possible.

In my opinion the s. 234.1(1) demand by the police officer to the appellant to accompany him to his car and to provide a sample of breath into a roadside screening device fell within the above criteria. The demand by which the officer assumed control over the movement of the appellant was one which might have significant legal consequence because, although the evidence provided by the roadside screening device could not be introduced against the appellant, it might provide the basis for a s. 235(1) breathalyzer demand. For this reason, and given the criminal liability under s. 234.1(2) for refusal, without reasonable excuse, to

ment au par. 235(1), l'appelant a été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* et qu'on lui a donc refusé le droit d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.» Je me permets de réitérer ce que je perçois comme les éléments essentiels de ces motifs, tels qu'ils ressortent de mon jugement dans l'arrêt *Therens*:

1. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

2. Outre, le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.

3. L'élément de contrainte ou de coercition nécessaire pour qu'il y ait détention peut découler de la responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre, ou de la conviction raisonnable qu'on n'a pas le choix d'obtempérer ou non.

4. L'article 10 de la *Charte* s'applique à une multiplicité de détentions de diverses durées et n'est pas limité à celles d'une durée qui permet un recours efficace par voie d'*habeas corpus*.

À mon avis, la sommation faite par le policier à l'appelant, en vertu du par. 234.1(1), de le suivre jusqu'à sa voiture et de lui soumettre un échantillon d'haleine pour pratiquer un alcootest relève des critères susmentionnés. La sommation par laquelle le policier a restreint la liberté d'action de l'appelant pouvait entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique parce que, même si l'élément de preuve fourni par l'alcootest ne pouvait être présenté contre l'appelant, il pouvait justifier une sommation de subir une éthylométrie en vertu du par. 235(1). Pour ce motif, et à cause de la responsabilité criminelle qui découle du par. 234.1(2) en

comply with the demand, the situation was one in which a person might reasonably require the assistance of counsel. The criminal liability for refusal also constituted the necessary compulsion or coercion to make the restraint of liberty a detention. The difference in duration of the restraint of liberty resulting from a s. 234.1(1) demand and that resulting from a s. 235(1) demand is not such as to prevent the former from constituting a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*. For these reasons I am of the opinion that as a result of the s. 234.1(1) demand the appellant was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

Thus the appellant had the right, upon being detained by the s. 234.1(1) demand and before responding to that demand, to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right, and there was an infringement of it, unless the right is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society, within the meaning of s. 1 of the *Charter*. I turn to that question now.

III

The first issue arising with respect to the application of s. 1 is whether the right to retain counsel without delay is subject, in the case of a s. 234.1(1) demand, to a limit prescribed by law, within the meaning of s. 1. In *Therens*, where the Court held that s. 235(1) of the *Code* did not preclude contact with counsel prior to the breathalyzer test, I had occasion to state what I understood to be a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 as follows at p. 645:

The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating

cas de refus, sans excuse raisonnable, d'obtempérer à la sommation, il s'agissait d'une situation où une personne pouvait raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus constituait également la contrainte ou la coercition nécessaire pour que l'entrave à la liberté constitue une détention. Il n'y a pas suffisamment de différence entre la durée de l'entrave à la liberté qui résulte d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) et la durée de celle qui résulte d'une sommation faite en vertu du par. 235(1) pour empêcher que la première constitue une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*. Pour ces motifs, je suis d'avis que, par suite de la sommation faite en vertu du par. 234.1(1), l'appellant a été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

L'appellant avait donc le droit lorsqu'il était détenu en vertu d'une sommation faite aux termes du par. 234.1(1) et avant d'obtempérer à cette sommation, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit, et il y a eu violation de ce droit, à moins que celui-ci ne soit restreint, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*. J'examine maintenant cette question.

III

La première question qui est soulevée relativement à l'application de l'article premier est de savoir si le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat est restreint, dans le cas d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1), par une règle de droit au sens de l'article premier. Dans l'arrêt *Therens*, où la Cour a jugé que le par. 235(1) du *Code* n'empêchait pas la communication avec un avocat avant l'éthylométrie, j'ai eu l'occasion d'énoncer, à la p. 645, ce qui, à mon avis, constitue une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier:

Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions

requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

I remain of the view that a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 may result by implication from the terms of a legislative provision or its operating requirements. It need not be an explicit limitation of a particular right or freedom.

In *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173 (Sask. C.A.), to which I referred in *Therens*, Cameron J.A., in agreeing with the Crown that s. 234.1(1) imposed a limit on the right to retain and instruct counsel, appears to have attached particular importance to the requirement in s. 234.1(1) that the sample of breath be provided "forthwith" (a word which he italicized) as precluding prior consultation with counsel before complying with a s. 234.1(1) demand. In our reasons for judgment in *Therens*, both Estey J. and I, in comparing s. 234.1(1) 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). In the end, however, it was the two-hour operating limit under s. 237(1) for the breathalyzer test that was seen as affording a possibility of contact with counsel prior to compliance with a s. 235(1) demand.

Counsel for the appellant contended that a limit prescribed by law on the right to retain and instruct counsel does not result from the word "forthwith" in s. 234.1(1) because on the authority respecting the meaning of "forthwith" in a variety of legislative contexts, the word "forthwith" does not mean "immediately" and there is no difference in meaning between "forthwith" and "forthwith or as soon as practicable". It must be said that this contention finds support in the authorities cited by the appellant, which are also referred to in Falconer, "The Alert Demand and the Right to Counsel: 'The Problem with Talbourdet'" (1986), 28 *Crim.*

d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

Je suis toujours d'avis qu'une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier peut découler implicitement des termes d'une disposition législative ou de ses conditions d'application. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une restriction explicite d'un droit ou d'une liberté en particulier.

Dans l'arrêt *R. v. Talbourdet* (1984), 12 C.C.C. (3d) 173 (C.A. Sask.), que j'ai mentionné dans l'arrêt *Therens*, le juge Cameron, en convenant avec le ministère public que le par. 234.1(1) imposait une restriction au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, paraît avoir attaché une importance particulière à l'exigence du par. 234.1(1) que l'échantillon d'haleine soit fourni «sur-le-champ» (une expression qu'il a reproduite en italique), ce qui empêchait de consulter un avocat avant d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 234.1(1). 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) 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). En fin de compte, toutefois, c'est le délai de deux heures imparti par le par. 237(1) pour pratiquer l'éthylométrie qui a été interprété comme accordant la possibilité de communiquer avec un avocat avant d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1).

L'avocat de l'appellant a soutenu qu'une restriction, prescrite par une règle de droit, du recours à l'assistance d'un avocat ne découle pas de l'expression «sur-le-champ» que l'on trouve au par. 234.1(1) parce que, d'après la jurisprudence et la doctrine concernant le sens de l'expression «sur-le-champ» dans divers contextes législatifs, l'expression «sur-le-champ» ne signifie pas «immédiatement» et il n'y a aucune différence de sens entre l'expression «sur-le-champ» et l'expression «sur-le-champ ou dès que possible». Il faut dire que cet argument trouve appui dans la doctrine et la jurisprudence que cite l'appellant et qui sont également

L.Q. 390, on which the appellant relied. Moreover, this was the view expressed in *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.) by Finlayson J.A., where in dealing with the same issue as the one in this appeal, he said at p. 409:

In my opinion, there is no difference in meaning between “forthwith” and “forthwith or as soon as practicable”. Both mean the same thing having regard to the nature of the test and the condition that it is designed to monitor. The breath sample under s. 234.1 or s. 235 is to be provided as quickly as it effectively can be and if this means waiting for the device to arrive or taking the detained person to a place where there is such a device, this would be within the definition of “forthwith”. It does not mean “immediately”.

Despite this view of the meaning of the word “forthwith” in s. 234.1(1), Finlayson J.A. nevertheless came to the conclusion that there was an “implicit limitation” on the right to counsel prescribed by s. 234.1(1) arising from the operational nature and purpose of a s. 234.1(1) demand, as revealed by the s. 1 material that was before the Ontario Court of Appeal. The considerations that led Finlayson J.A. to this conclusion are reflected in the following passages from his reasons for judgment at pp. 408 and 410:

Two things are apparent from the above studies. The first is that the incident of impairment and the most effective time for law enforcement is in the late evening and early morning when the realistic probability of a detained person being able to contact “forthwith” a knowledgeable lawyer to obtain advice is very low. Secondly, there has to be a fair degree of urgency in the taking of the breath sample because the longer it is delayed, the lower the blood-alcohol content of the detained person becomes because of metabolism.

In my opinion, when the need for, and purpose of, the roadside screening device (A.L.E.R.T.) is looked at in the context of the seven volumes of material submitted by the Crown, it is evident that the section, as drafted, does not permit a detained person, subject to a demand, to retain and instruct counsel before complying with

mentionnées dans Falconer, «The Alert Demand and the Right to Counsel: ‘The Problem with Talbourdet’» (1986), 28 *Crim. L.Q.* 390, invoqué par l’appelant. En outre, c’est l’opinion que le juge Finlayson a exprimée dans l’arrêt *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.) où, en traitant de la même question que celle qui est posée en l’espèce, il a dit à la p. 409:

[TRADUCTION] À mon avis, il n’y aucune différence de sens entre l’expression «sur-le-champ» et l’expression «sur-le-champ ou dès que possible». Ces deux expressions signifient la même chose compte tenu de la nature de l’épreuve et de l’état qu’elle est destinée à déceler. L’échantillon d’haleine visé à l’art. 234.1 ou à l’art. 235 doit être fourni aussi rapidement que possible et si cela signifiait qu’il faut attendre que l’instrument soit apporté ou qu’il faut amener le détenu à un endroit où se trouve cet instrument, cela relèverait de la définition de l’expression «sur-le-champ». Cela ne signifie pas «immédiatement».

Malgré cette conception du sens de l’expression «sur-le-champ» que l’on trouve au par. 234.1(1), le juge Finlayson est néanmoins arrivé à la conclusion que le par. 234.1(1) imposait une «restriction implicite» au droit de consulter un avocat en raison de la nature et de l’objet pratiques d’une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) comme cela ressort des documents relatifs à l’article premier qui ont été soumis à la Cour d’appel de l’Ontario. Les facteurs qui ont amené le juge Finlayson à cette conclusion ressortent des passages suivants de ses motifs de jugement aux pp. 408 et 410:

[TRADUCTION] Deux choses ressortent des études mentionnées précédemment. Premièrement, le moment où se produit la conduite avec facultés affaiblies et celui où on peut appliquer la loi de manière plus efficace c’est en fin de soirée et tôt le matin lorsque la probabilité réaliste qu’un détenu puisse communiquer «sur-le-champ» avec un avocat bien informé en vue d’obtenir des conseils est très faible. Deuxièmement, il doit y avoir un juste degré d’urgence dans la prise de l’échantillon d’haleine parce que plus elle est retardée moins il y a d’alcool dans le sang du détenu en raison de son métabolisme.

À mon avis, lorsqu’on examine le caractère nécessaire de l’alcootest (A.L.E.R.T.) et son objet dans le contexte des sept volumes de documentation présentés par le ministère public, il est évident que l’article, tel qu’il a été rédigé, ne permet pas à un détenu, qui fait l’objet d’une sommation, d’avoir recours à l’assistance d’un avocat

such demand. The right to retain counsel is incompatible with the effective use of this device on a random basis with the purpose of demonstrating a police presence so as to convince the driving public that there is a high probability of detection in the event that they drive after drinking.

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 pursuant to s. 235(1) of the *Code*.

IV

The next issue in the appeal is whether the limit imposed on the right to retain and instruct counsel by s. 234.1(1) of the *Code* is a reasonable one demonstrably justified in a free and democratic society, within the meaning of s. 1 of the *Charter*. The test for determining that question was formulated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and restated by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, as follows at pp. 768-69:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or

avant d'obtempérer à une telle sommation. Le droit à l'assistance d'un avocat est incompatible avec l'utilisation au hasard efficace de cet instrument dans le but de manifester une présence policière de manière à convaincre les automobilistes qu'ils ont de fortes chances d'être découverts si jamais ils conduisent en état d'ébriété.

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 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 qu'on peut juger nécessaire de pratiquer conformément au par. 235(1) du *Code*.

IV

La question suivante soulevée dans le pourvoi est de savoir si la restriction imposée par le par. 234.1(1) du *Code* au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*. Le critère pour répondre à cette question a été formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, puis énoncé de nouveau par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un

group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

The importance of the legislative purpose to be served by s. 234.1(1) of the *Code* and the necessary relationship to it of roadside breath testing under circumstances which do not permit an opportunity for contact with counsel are disclosed by the s. 1 material that was placed before the Court by the respondent in the appeal in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and relied on in this appeal, which was argued at the same time. It was the same material that was before the Ontario Court of Appeal in *Seo*, although apparently grouped together somewhat differently in the first seven volumes. The material, consisting of statistics, reports, studies, articles, Canadian legislative history and foreign legislation with respect to the problem of impaired driving, is referred to in considerable detail by Finlayson J.A. in *Seo*, and I would respectfully adopt the following statement by him at pp. 398-99 of the conclusions that may be drawn from the material:

- (1) The problem of the drinking driver has been recognized by the Ministers of Justice of Canada and by experts in traffic accident research for many years.
- (2) The problem of the drinking driver has not been controlled. It is very serious and must be addressed by urgent measures.
- (3) There is a direct relationship between drinking drivers and automobile accidents.
- (4) The severity of accidents increases almost in direct ratio to the quantity of alcohol consumed.

lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

L'importance de l'objectif législatif que vise à atteindre le par. 234.1(1) du *Code* et son lien nécessaire avec l'alcootest dans des circonstances qui ne permettent pas de communiquer avec un avocat ressortent des documents relatifs à l'article premier qui ont été présentés devant la Cour par l'intimée dans le pourvoi *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, entendu en même temps que la présente affaire, et sur lesquels on s'est fondé dans ce pourvoi. Il s'agit des mêmes documents qui ont été présentés devant la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Seo*, bien qu'ils aient, apparemment, été regroupés d'une manière quelque peu différente dans les sept premiers volumes. Le juge Finlayson de la Cour d'appel a mentionné d'une manière très détaillée dans l'arrêt *Seo* la documentation constituée de statistiques, de rapports, d'études, d'articles, de l'historique des mesures législatives canadiennes et étrangères en ce qui a trait au problème de la conduite avec facultés affaiblies et, avec égards, je fais mienne la déclaration suivante qu'il a faite aux pp. 398 et 399 relativement aux conclusions qui peuvent être tirées de ces documents:

[TRADUCTION]

- (1) Les ministres fédéraux de la Justice et les experts en matière de recherche sur les accidents de la circulation ont reconnu depuis de nombreuses années l'existence du problème de l'alcool au volant.
- (2) Le problème de l'alcool au volant n'a pas été enrayé. Il est très grave et doit faire l'objet de mesures urgentes.
- (3) Il existe un lien direct entre l'alcool au volant et les accidents d'automobile.
- (4) La gravité des accidents augmente presque proportionnellement avec la quantité d'alcool consommé.