

**Curtis Shepherd** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,  
Attorney General of Ontario, Attorney  
General of British Columbia and  
Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. SHEPHERD**

**Neutral citation: 2009 SCC 35.**

File No.: 32037.

2008: April 24; 2009: July 17.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Breath sample demand — Impaired driving and driving “over 80” — Reasonable and probable grounds to demand breath samples from accused pre-condition to lawful search and seizure — Whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(3).*

*Criminal law — Impaired driving and driving “over 80” — Breath sample demand — Reasonable and probable grounds — Whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples from accused — Whether issue of reasonable and probable grounds involved question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254(3).*

The accused was charged with impaired driving, driving “over 80” and failure to stop for a police

**Curtis Shepherd** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,  
procureur général de l'Ontario, procureur  
général de la Colombie-Britannique  
et Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SHEPHERD**

**Référence neutre : 2009 CSC 35.**

N° du greffe : 32037.

2008 : 24 avril; 2009 : 17 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles et perquisitions — Demande d'un échantillon d'haleine — Conduite avec facultés affaiblies et conduite avec une alcoolémie supérieure à « 0,08 » — L'existence de motifs raisonnables et probables avant de demander un échantillon d'haleine à l'accusé est une condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables l'autorisant à demander des échantillons d'haleine? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(3).*

*Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies et conduite avec une alcoolémie dépassant « 0,08 » — Demande d'un échantillon d'haleine — Motifs raisonnables et probables — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables l'autorisant à demander des échantillons d'haleine? — La question des motifs raisonnables et probables constitue-t-elle une question de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254(3).*

L'accusé a été inculpé de conduite avec facultés affaiblies, de conduite avec une alcoolémie supérieure

officer. The arresting officer saw the accused go through a stop sign without stopping and drive at a speed over the posted speed limit. The officer activated his police cruiser's siren and flashing lights, and followed the accused for over three kilometres while the accused accelerated and changed lanes multiple times before finally pulling over. The accused told the officer that he had not stopped because he thought the police car was an ambulance. The officer observed that the accused had red eyes, that he smelled of alcohol, that he appeared lethargic and fatigued and that his movements and speech were slow and deliberate. The officer formed the opinion that the accused was intoxicated and, after reading him his rights, made a breathalyzer demand. At trial, the accused moved to have the breath samples excluded on the basis that they were obtained in violation, *inter alia*, of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although the trial judge accepted the officer's evidence that he subjectively believed that the accused's ability to drive was impaired by alcohol, he concluded that this belief was not objectively reasonable. Because the officer lacked the requisite reasonable grounds to make the breath demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*, the trial judge held that the accused's s. 8 *Charter* right had been violated. He excluded the samples under s. 24(2) of the *Charter* and entered an acquittal on all charges. The summary conviction appeal court judge upheld the acquittal, but the Court of Appeal, in a majority decision, allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

*Held:* The appeal should be dismissed.

There is both a subjective and an objective component to establishing reasonable and probable grounds for making a breath demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*. The officer must have an honest belief that the accused committed an offence under s. 253 of the *Code*, and there must be reasonable grounds for this belief. The officer need not demonstrate a *prima facie* case for conviction before pursuing his investigation. The issue of whether the facts as found by the trial judge amount at law to reasonable and probable grounds is a question of law. Here, the trial judge erred in finding that the officer's subjective belief of impairment was not objectively supported on the facts. There was ample evidence to support the officer's subjective belief that the accused's ability to drive was impaired by alcohol. The officer's belief was based not only on the accused's

à 0,08, et d'avoir fait défaut d'obtempérer à l'interpellation d'un agent de police. Le policier qui a procédé à l'arrestation a remarqué que l'accusé ne s'était pas immobilisé à un signal d'arrêt et avait par la suite atteint une vitesse excédant la limite permise. Le policier a actionné la sirène et le gyrophare de sa voiture de patrouille et suivi l'accusé sur une distance de plus de trois kilomètres, trajet durant lequel ce dernier a accéléré et changé de voies à plusieurs reprises avant de finalement s'immobiliser. L'accusé a expliqué qu'il ne s'était pas arrêté parce qu'il croyait que la voiture de police était une ambulance. Le policier a remarqué que l'accusé avait les yeux rouges, qu'il dégageait une odeur d'alcool, qu'il semblait léthargique et fatigué et que ses mouvements et son élocution étaient lents et qu'il pesait ses mots. Le policier a conclu que l'accusé était en état d'ivresse et, après lui avoir lu ses droits, lui a demandé un échantillon d'haleine. Au procès, l'accusé a demandé l'exclusion des échantillons faisant valoir qu'ils avaient été obtenus en violation, notamment, de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a accepté le témoignage du policier selon lequel il croyait subjectivement que la capacité de conduire de l'accusé était affaiblie par l'alcool, mais il a conclu que sa croyance n'était pas objectivement raisonnable. Comme le policier n'avait pas les motifs raisonnables requis pour exiger les échantillons d'haleine en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*, le juge du procès a conclu que le droit garanti à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* avait été violé. Il a écarté les échantillons en application du par. 24(2) de la *Charte* et a inscrit un verdict d'acquiescement à l'égard de tous les chefs d'accusation. La cour d'appel des poursuites sommaires a confirmé l'acquiescement, mais les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La preuve de l'existence de motifs raisonnables autorisant à demander un échantillon d'haleine en vertu du par. 254(3) du *Code criminel* comporte un élément subjectif et un élément objectif. Le policier doit croire sincèrement que le suspect a commis une infraction prévue à l'art. 253 du *Code* et cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables. Le policier n'a pas à fournir une preuve *prima facie* justifiant une déclaration de culpabilité pour poursuivre son enquête. La question de savoir si les faits qu'a constatés le juge du procès constituent en droit des motifs raisonnables et probables est une question de droit. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en concluant que la croyance subjective de l'agent en l'affaiblissement des facultés de l'accusé n'était pas objectivement étayée par les faits. La preuve était ament la croyance subjective du

erratic driving pattern, but also on the various indicia of impairment which he observed after he arrested the accused. Since the officer had reasonable and probable grounds to make the breath demand, the demand was lawful. [3] [17] [20] [23]

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 9, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254(3).  
*Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 67(8).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Sherstobitoff, Lane and Smith J.J.A.), 2007 SKCA 29, 45 C.R. (6th) 213, 218 C.C.C. (3d) 113, [2007] 4 W.W.R. 659, 154 C.R.R. (2d) 38, 44 M.V.R. (5th) 8, [2007] S.J. No. 119 (QL), 2007 CarswellSask 122, setting aside the accused's acquittals and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Michael W. Owens*, for the appellant.

*W. Dean Sinclair*, for the respondent.

*James C. Martin* and *Paul Adams*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*Michal Fairburn* and *John Corelli*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Michael Brundrett* and *Margaret A. Mereigh*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Marlys A. Edwardh* and *Jessica R. Orkin*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

policier que la capacité de conduire de l'accusé était affaiblie par l'effet de l'alcool. La croyance du policier se fondait non seulement sur le fait que l'accusé conduisait de façon erratique, mais aussi sur les divers indices d'ébriété qu'il avait remarqués après l'arrestation de l'accusé. Comme le policier avait des motifs raisonnables et probables de demander à l'accusé de fournir un échantillon d'haleine, la demande était valide. [3] [17] [20] [23]

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 9, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254(3).  
*Highway Traffic Act*, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 67(8).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Sherstobitoff, Lane et Smith), 2007 SKCA 29, 45 C.R. (6th) 213, 218 C.C.C. (3d) 113, [2007] 4 W.W.R. 659, 154 C.R.R. (2d) 38, 44 M.V.R. (5th) 8, [2007] S.J. No. 119 (QL), 2007 CarswellSask 122, qui a annulé les verdicts d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Michael W. Owens*, pour l'appelant.

*W. Dean Sinclair*, pour l'intimée.

*James C. Martin* et *Paul Adams*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

*Michal Fairburn* et *John Corelli*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Michael Brundrett* et *Margaret A. Mereigh*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Marlys A. Edwardh* et *Jessica R. Orkin*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

### I. Overview

[1] The appellant, Curtis Shepherd, was charged with impaired driving, driving “over 80”, and failing to stop for a police officer. At trial, he sought to exclude two breath samples taken after his arrest on the basis that they were obtained in violation of ss. 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In Mr. Shepherd’s submission, the arresting officer lacked reasonable and probable grounds to demand the breath samples. Although the trial judge accepted the officer’s evidence that he subjectively believed that Mr. Shepherd’s ability to drive was impaired by alcohol, he concluded that this belief was not objectively reasonable. Because the officer thus lacked the requisite grounds to make the breath demand, the trial judge excluded the samples under s. 24(2) of the *Charter*. Mr. Shepherd was acquitted of all charges.

[2] The Crown appealed the acquittals on the charges of impaired driving and driving “over 80” to the summary conviction appeal court. Foley J. deferred to the trial judge’s finding that the officer lacked an objective basis for making the demand and dismissed the appeal. On further appeal, a majority of the Court of Appeal (Smith J.A. dissenting) concluded that, on the facts as found by the trial judge, the officer had reasonable and probable grounds to make the demand. The Crown’s appeal was allowed and a new trial ordered. Mr. Shepherd further appeals to this Court.

[3] For the reasons that follow, we conclude that the trial judge erred in holding that the indicia of impairment did not amount at law to reasonable

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

### I. Aperçu

[1] L’appelant, Curtis Shepherd, a été inculpé de conduite avec facultés affaiblies, de conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08, et d’avoir fait défaut d’obtempérer à l’interpellation d’un agent de police. Au procès, il a demandé l’exclusion de deux échantillons d’haleine fournis après son arrestation faisant valoir qu’ils avaient été obtenus en violation des art. 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. M. Shepherd soutient que le policier qui l’a arrêté n’avait pas de motifs raisonnables et probables pour exiger les échantillons d’haleine. Le juge du procès a accepté le témoignage du policier selon lequel il croyait subjectivement que la capacité de conduire de M. Shepherd était affaiblie par l’alcool, mais il a conclu que sa croyance n’était pas objectivement raisonnable. Comme, de ce fait, le policier n’avait pas les motifs requis pour exiger les échantillons d’haleine, le juge du procès les a exclus en application du par. 24(2) de la *Charte*. M. Shepherd a été acquitté de tous les chefs d’accusation.

[2] Le ministère public a interjeté appel des acquittements relatifs aux accusations de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08 devant la cour d’appel des poursuites sommaires. Le juge Foley s’en est remis à la conclusion du juge du procès portant que la demande du policier ne se fondait pas sur des raisons objectives et il a rejeté l’appel. Dans le cadre d’un appel subséquent, les juges majoritaires de la Cour d’appel (la juge Smith était dissidente) ont conclu que, vu les conclusions de fait du juge du procès, le policier avait des motifs raisonnables et probables d’exiger les échantillons d’haleine. L’appel du ministère public a été accueilli et la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée. M. Shepherd se pourvoit devant notre Cour.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, nous concluons que le juge du procès a commis une erreur en concluant que les signes d’affaiblissement

and probable grounds to make the breath demand. There was ample evidence to support the officer's subjective belief that Mr. Shepherd's ability to drive was impaired by alcohol. Accordingly, the officer's breathalyzer demand was lawful, and the accused's *Charter* claim must fail. While it is unnecessary to consider whether the samples should be excluded under s. 24(2), we would note that the companion case of *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, fully canvasses the s. 24(2) issues argued by counsel on appeal.

[4] We would therefore dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

## II. Facts and Proceedings Below

[5] In the early morning of January 11, 2003, Sgt. Sellers of the Saskatoon City Police Service saw Mr. Shepherd's vehicle fail to stop at a stop sign and then begin to travel at 20 to 25 kilometres per hour over the posted speed limit. Sgt. Sellers activated his police cruiser's siren and lights in an effort to get the vehicle to pull over. The vehicle slowed down but did not stop. It then accelerated and changed lanes multiple times over approximately a three-kilometre distance before finally pulling over.

[6] Sgt. Sellers approached the vehicle and informed Mr. Shepherd that he was under arrest for failing to stop for the police. Mr. Shepherd explained that he had not stopped because he thought the police car was an ambulance. The officer noted that Mr. Shepherd looked lethargic and fatigued and had red eyes. He could smell alcohol on his breath. He also noted that his movements and speech were slow and deliberate. On the basis

des facultés ne constituaient pas, en droit, des motifs raisonnables et probables justifiant une demande d'échantillon d'haleine. De nombreux éléments de preuve étayaient la croyance subjective du policier selon laquelle la capacité de conduire de M. Shepherd était affaiblie par l'effet de l'alcool. L'ordre donné par le policier à M. Shepherd de se soumettre à un alcootest était donc valide, et la demande de l'accusé fondée sur la *Charte* doit échouer. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de décider si les échantillons devraient être exclus en application du par. 24(2), nous tenons à souligner que les motifs du pourvoi connexe *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, rendu simultanément, comportent un examen exhaustif des questions portant sur le par. 24(2) qui ont été débattues devant nous.

[4] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès.

## II. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

[5] Tôt le matin du 11 janvier 2003, le sergent Sellers du service de police de la ville de Saskatoon a remarqué que le véhicule de M. Shepherd ne s'était pas immobilisé à un signal d'arrêt, et qu'il avait par la suite atteint une vitesse excédant de 20 à 25 kilomètres à l'heure la limite permise. Le sergent Sellers a actionné la sirène et le gyrophare de sa voiture de patrouille dans le but d'intercepter le véhicule de M. Shepherd. Ce dernier a ralenti, mais il ne s'est pas arrêté. Il a ensuite accéléré et changé de voies à plusieurs reprises sur une distance d'environ trois kilomètres avant de finalement s'immobiliser.

[6] Le sergent Sellers s'est approché du véhicule et a informé M. Shepherd qu'il était en état d'arrestation pour défaut d'obtempérer à l'interpellation d'un agent de police. M. Shepherd a expliqué qu'il ne s'était pas arrêté parce qu'il croyait que la voiture de police était une ambulance. Le policier a remarqué que M. Shepherd semblait léthargique et fatigué, et qu'il avait les yeux rouges. Son haleine dégageait une odeur d'alcool. Il a aussi constaté que

of these observations, Sgt. Sellers formed the opinion that Mr. Shepherd was “intoxicated”. The officer read Mr. Shepherd his *Charter* rights and made a breathalyzer demand.

[7] Mr. Shepherd was taken to the police station by Cst. Horsley, another officer who arrived at the scene shortly after Mr. Shepherd’s arrest. On the way there, Mr. Shepherd repeated his explanation to Cst. Horsley that he thought the police car was an ambulance. Mr. Shepherd provided two breath samples at the police station. At trial, he moved to have the samples excluded on the basis that they were obtained in violation of ss. 8 and 9 of the *Charter*.

[8] The trial judge accepted Sgt. Sellers’ evidence that he subjectively believed that the accused’s ability to drive was impaired by alcohol, but concluded that this belief was not objectively reasonable. In reaching his decision, the trial judge relied heavily on the accused’s explanation to Cst. Horsley that he thought the police car was an ambulance. The trial judge noted that this was “just as valid an explanation” for Mr. Shepherd’s erratic driving as the suggestion that he was impaired by alcohol (Appellant’s Record, Part II, at p. 7). The accused’s explanation also left the trial judge with a reasonable doubt as to whether the accused had the intention to evade police when he failed to stop. He acquitted Mr. Shepherd of all charges.

[9] The Crown appealed the acquittals on the impaired driving and driving “over 80” charges to the Saskatchewan Court of Queen’s Bench. Foley J., the summary conviction appeal judge, upheld the trial judge’s decision (2006 SKQB 91, 30 M.V.R. (5th) 307). He noted that although the trial judge was wrong to rely on Mr. Shepherd’s explanation to Cst. Horsley since it was given subsequent to Sgt. Sellers’ demand, an “identical explanation”

ses mouvements et son élocution étaient lents et qu’il pesait ses mots. Sur la foi de ces observations, le sergent Sellers a conclu que M. Shepherd était [TRADUCTION] « en état d’ivresse ». Le policier a informé M. Shepherd des droits que lui garantit la *Charte* et il lui a demandé un échantillon d’haleine.

[7] L’agent Horsley, qui est arrivé sur les lieux peu après l’arrestation de M. Shepherd, a emmené l’accusé au poste de police. En s’y rendant, ce dernier a répété à l’agent Horsley qu’il avait cru que la voiture de police était une ambulance. Une fois au poste de police, M. Shepherd a fourni deux échantillons d’haleine. Au procès, il a demandé l’exclusion des échantillons faisant valoir qu’ils avaient été obtenus en violation des art. 8 et 9 de la *Charte*.

[8] Le juge du procès a accepté le témoignage du sergent Sellers selon lequel il croyait subjectivement que la capacité de conduire de l’appelant était affaiblie par l’effet de l’alcool, mais il a conclu que sa croyance n’était pas raisonnable sur le plan objectif. Pour parvenir à sa décision, le juge du procès a accordé une très grande importance à l’explication que l’accusé a fournie à l’agent Horsley, à savoir qu’il a pris la voiture de police pour une ambulance. Il a souligné que cette remarque [TRADUCTION] « expliquait tout autant » la conduite erratique de M. Shepherd que la thèse des facultés affaiblies par l’alcool (dossier de l’appelant, partie II, p. 7). En outre, l’explication de l’accusé a soulevé un doute raisonnable dans l’esprit du juge du procès quant à savoir si M. Shepherd avait eu l’intention de fuir la police lorsqu’il a fait défaut de s’arrêter. Par conséquent, ce juge a acquitté M. Shepherd de tous les chefs d’accusation.

[9] Le ministère public a interjeté appel des acquittements relatifs aux accusations de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08 devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Le juge Foley qui a entendu l’appel de la déclaration sommaire de culpabilité a confirmé la décision du juge du procès (2006 SKQB 91, 30 M.V.R. (5th) 307). Il a fait remarquer que, même si le juge du

was provided to Sgt. Sellers before the demand was made (para. 12). Accordingly, Foley J. was of the view that the error did not result in a miscarriage of justice. He also concluded that there was ample evidence to support the trial judge's "factual finding" that the officer did not have objective grounds to make the demand (para. 16). He dismissed the appeal.

[10] A majority of the Saskatchewan Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial (2007 SKCA 29, 45 C.R. (6th) 213). Sherstobitoff J.A. concluded that on the facts as found by the trial judge, the officer had reasonable and probable grounds to believe that the accused's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. He stated that the trial judge failed to give sufficient consideration to the officer's opinion that Mr. Shepherd was intoxicated, while at the same time affording undue weight to the accused's evidence that he thought the police car was an ambulance. Lane J.A. was in substantial agreement with Sherstobitoff J.A., adding that, in his view, the trial judge's acceptance of the accused's explanation for his erratic driving was the result of a misreading of Mr. Shepherd's obligations under the *Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1. Even if the police car had in fact been an ambulance as believed by Mr. Shepherd, his conduct would not have complied with the requirements of s. 67(8) of the Act concerning emergency vehicles.

[11] Smith J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. She was of the view that the trial judge made his ruling upon a review of the evidence as a whole, including the fact that Mr. Shepherd appeared to be in complete control of the vehicle while he was driving and the physical indicia

procès avait eu tort de s'appuyer sur l'explication que M. Shepherd a donnée à l'agent Horsley parce qu'elle avait été fournie après que le sergent Sellers a exigé un échantillon d'haleine de M. Shepherd, une [TRADUCTION] « explication identique » avait été fournie au sergent Sellers avant qu'il ne fasse sa demande (par. 12). Pour cette raison, le juge Foley a conclu que l'erreur commise par le juge du procès n'avait pas entraîné de déni de justice. Il a aussi conclu que de nombreux éléments de preuve étayaient la [TRADUCTION] « conclusion de fait » tirée par le juge du procès selon laquelle la demande du policier ne reposait pas sur des raisons objectives (par. 16). Il a rejeté l'appel.

[10] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan ont accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2007 SKCA 29, 45 C.R. (6th) 213). Le juge Sherstobitoff a conclu que, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, le policier avait des motifs raisonnables et probables de croire que la capacité de l'accusé de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool. Il a affirmé que le juge du procès, d'une part, n'avait pas accordé suffisamment d'importance au fait que, selon le policier, M. Shepherd était en état d'ébriété et, d'autre part, avait accordé un poids excessif au témoignage de l'accusé selon lequel il avait cru que la voiture de police était une ambulance. Le juge Lane — qui partageait pour l'essentiel le point de vue du juge Sherstobitoff — a ajouté que, selon lui, le juge du procès avait accepté l'explication de M. Shepherd visant à justifier sa conduite erratique parce qu'il avait mal interprété la nature des obligations que la *Highway Traffic Act*, S.S. 1986, ch. H-3.1, impose à M. Shepherd. Même si la voiture de police avait effectivement été une ambulance, comme l'a cru M. Shepherd, sa conduite n'aurait pas respecté les exigences du par. 67(8) de la Loi en ce qui concerne les véhicules d'urgence.

[11] La juge Smith, dissidente, aurait rejeté l'appel. Elle a conclu que le juge du procès s'est fondé sur un examen de l'ensemble de la preuve, y compris du fait que M. Shepherd semblait avoir la pleine maîtrise de son véhicule pendant qu'il conduisait et que les signes physiques d'ébriété étaient peu nombreux

of impairment were minimal and inconclusive. No roadside sobriety test was administered, and some of the officer's evidence regarding signs of impairment was successfully challenged on cross-examination.

[12] Having found a *Charter* violation, Smith J.A. then considered whether the samples should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Smith J.A.'s analysis centered on whether breath samples obtained in breach of the *Charter* are subject to automatic exclusion as conscriptive evidence, or whether all three categories of factors in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, should be considered in deciding whether to exclude the evidence. She concluded that *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, did not create an exception for breath samples; as non-discoverable, conscriptive evidence, they were automatically excluded under the trial fairness branch of *Collins*. After reviewing cases subsequent to *Stillman* which suggest that *Stillman* never intended to create an automatic exclusionary rule for conscriptive evidence, Smith J.A. concluded that *Stillman* was still the leading authority on this point, and thus (barring rare exceptions) such evidence should be excluded without considering the second and third branches of the *Collins* test.

### III. Analysis

[13] The central issue on this appeal is whether the officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples from Mr. Shepherd. Section 254(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires that an officer have reasonable grounds to believe that the suspect has committed an offence under s. 253 of the *Code* (impaired driving or over 80) before making a breathalyzer demand. As this Court explained in *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254, at para. 51: "The requirement in s. 254(3) that

et non concluants. Il n'a été soumis à aucun test de sobriété en bordure de la route et certains des aspects du témoignage du policier concernant les signes d'ébriété ont été contestés avec succès pendant le contre-interrogatoire.

[12] Ayant conclu que la *Charte* avait été violée, la juge Smith s'est demandé s'il y avait lieu d'exclure les échantillons en application du par. 24(2). Elle a plus particulièrement examiné la question de savoir si des échantillons d'haleine obtenus en violation de la *Charte* doivent être automatiquement exclus en tant que preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, ou si chacun des trois groupes de facteurs de l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, doit être pris en compte pour décider s'il y a lieu de les exclure. Elle a conclu que l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, ne crée pas d'exception pour les échantillons d'haleine; en tant que preuve non susceptible d'être découverte, obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, les échantillons d'haleine sont donc automatiquement exclus suivant les facteurs se rapportant à l'équité du procès énoncés dans l'arrêt *Collins*. Après avoir examiné la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Stillman*, selon laquelle il n'a jamais été question, dans ce dernier arrêt, de créer une règle prévoyant l'exclusion automatique de la preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, la juge Smith a conclu que cet arrêt était toujours l'arrêt de principe en la matière, et donc qu'il y avait lieu d'exclure de tels éléments de preuve (sous réserve de rares exceptions) sans qu'il soit nécessaire de se pencher sur les deuxième et troisième branches du test énoncé dans l'arrêt *Collins*.

### III. Analyse

[13] La question fondamentale soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si le policier avait des motifs raisonnables et probables d'ordonner à M. Shepherd de fournir des échantillons d'haleine. Le paragraphe 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige que le policier ait des motifs raisonnables de croire que le suspect a commis une infraction prévue à l'art. 253 du *Code* (conduite avec facultés affaiblies ou avec une alcoolémie supérieure à 0,08) avant de demander au

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*.”

[14] Mr. Shepherd argues that the officer lacked the requisite grounds to make a breathalyzer demand and that as such, his breath samples were obtained in violation of ss. 8 and 9 of the *Charter*. The courts below did not refer explicitly to s. 9 and, in our view, based on the facts of this case, nothing would be added by an analysis under s. 9. Accordingly, our analysis will proceed solely under s. 8.

[15] As this Court explained in *Collins*, where evidence is obtained as a result of a warrantless search or seizure, the onus is on the Crown to show that the search or seizure was reasonable. A search will be reasonable if it is authorized by law, the law itself is reasonable, and the manner in which the search was carried out is reasonable (*Collins*, at p. 278). No issue is taken with the manner in which the search was carried out or the reasonableness of the breath demand provisions in the *Code*. Rather, the only question is whether the arresting officer complied with the statutory preconditions for a valid breath demand.

[16] As noted above, s. 254(3) of the *Criminal Code* requires that the officer have reasonable grounds to believe that within the preceding three hours, the accused has committed, or is committing, an offence under s. 253 of the *Criminal Code*. The onus is on the Crown to prove that the officer had reasonable and probable grounds to make the demand because the Crown seeks to rely on breath samples obtained as a result of a warrantless search. It would also be impractical to place the burden on the accused because evidence of the presence

conducteur de se soumettre à un alcootest. Comme notre Cour l’a expliqué dans *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, par. 51 : « 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. »

[14] M. Shepherd soutient que le policier n’avait pas les motifs requis pour exiger un alcootest et que les échantillons d’haleine ont donc été obtenus en violation des art. 8 et 9 de la *Charte*. Les juridictions inférieures n’ont pas fait référence explicitement à l’art. 9 et, à notre avis, compte tenu des faits de l’espèce, il ne serait pas utile de procéder à une analyse fondée sur cette disposition. Par conséquent, il sera question ci-après uniquement de l’art. 8.

[15] Comme notre Cour l’a expliqué dans *Collins*, lorsque des éléments de preuve sont recueillis à la suite d’une fouille, perquisition ou saisie effectuée sans mandat, il incombe au ministère public de démontrer que la fouille, perquisition ou saisie n’était pas abusive. Une fouille n’est pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive (*Collins*, p. 278). La façon dont la fouille a été effectuée et le caractère raisonnable des dispositions du *Code* qui concernent la demande d’alcootest ne sont pas en litige. Il s’agit plutôt, et uniquement, de déterminer si le policier ayant procédé à l’arrestation s’est conformé aux conditions légales devant être préalablement remplies pour que la demande d’alcootest soit valide.

[16] Comme nous l’avons vu, le par. 254(3) du *Code criminel* exige que le policier ait des motifs raisonnables de croire que l’accusé est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, une infraction prévue à l’art. 253 du *Code criminel*. Puisque le ministère public cherche à s’appuyer sur des échantillons d’haleine obtenus à la suite d’une fouille effectuée sans mandat, il lui incombe de prouver que le policier avait des motifs raisonnables et probables de donner l’ordre de les fournir. Il ne serait d’ailleurs pas pratique de faire

or absence of reasonable and probable grounds is within the “peculiar knowledge” of the Crown (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 210).

[17] As this Court noted in *Bernshaw*, there is both a subjective and an objective component to establishing reasonable and probable grounds; that is, the officer must have an honest belief that the suspect committed an offence under s. 253 of the *Criminal Code*, and there must be reasonable grounds for this belief (*Bernshaw*, at para. 48). Here, it is not disputed that the officer had a subjective belief that Mr. Shepherd was intoxicated. The courts below disagreed, however, on whether the officer’s subjective belief was reasonable in the circumstances.

[18] In the courts below, the issue arose as to whether the standard of reasonable and probable grounds involves a question of fact or a question of law. This issue bears on the question of the appropriate standard of review of the trial judge’s decision. If reasonable and probable grounds are a question of law, then the standard of review is, of course, correctness. On the other hand, if reasonable and probable grounds are a question of fact, the standard of review is that of palpable and overriding error. The issue may also be relevant in determining whether a court has jurisdiction to hear the appeal, although jurisdiction is not an issue before us.

[19] The summary conviction appeal judge characterized the trial judge’s conclusion that the officer did not have objective grounds to make the breath demand as a “factual finding”, and thus deferred to the trial judge’s finding (para. 16). The majority in the Court of Appeal concluded that the issue of reasonable and probable grounds involved a question of law. Smith J.A., in dissent, adopted an intermediate position. While she recognized that the question of whether a legal standard is met is, in a general sense, a question of law, she also held that the summary conviction appeal judge “did not

reposer ce fardeau sur l’accusé puisque le ministère public est « le seul qui puisse apporter » la preuve de l’existence ou de l’absence de motifs raisonnables et probables (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, p. 210).

[17] Comme notre Cour l’a fait remarquer dans *Bernshaw*, la preuve de l’existence de motifs raisonnables comporte un élément subjectif et un élément objectif. Cela signifie que le policier doit croire sincèrement que le suspect a commis l’infraction prévue à l’art. 253 du *Code criminel*, et que cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables (*Bernshaw*, par. 48). En l’espèce, personne ne conteste que le policier croyait subjectivement que M. Shepherd était ivre. Les tribunaux d’instance inférieure diffèrent toutefois d’opinion quant à savoir s’il s’agissait, compte tenu des circonstances, d’une croyance subjective raisonnable.

[18] La question de savoir si le critère des motifs raisonnables et probables soulève une question de droit ou de fait a été débattue devant les juridictions inférieures. Cette question a une incidence sur la détermination de la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision du juge du procès. Si la question des motifs raisonnables et probables est une question de droit, il faut, bien sûr, appliquer la norme de la décision correcte. S’il s’agit plutôt d’une question de fait, la norme de contrôle est celle de l’erreur manifeste et dominante. Cette question est également pertinente afin de déterminer si un tribunal est compétent pour entendre l’appel. La question de la compétence n’est toutefois pas en cause devant notre Cour.

[19] Le juge qui a entendu l’appel de la déclaration sommaire de culpabilité a jugé que la conclusion du juge du procès selon laquelle le policier n’avait pas de motifs objectifs d’exiger un échantillon d’haleine était une « conclusion de fait ». Il a donc fait preuve de déférence à l’égard de cette conclusion (par. 16). Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont plutôt conclu que la question des motifs raisonnables et probables en était une de droit. Le point de vue exprimé par la juge Smith dans sa dissidence se situe entre ces deux pôles. Selon elle, la question de savoir si le critère fixé

err in according deference to the conclusion of the trial judge” regarding the lack of reasonable and probable grounds (para. 53).

[20] While there can be no doubt that the existence of reasonable and probable grounds is grounded in the factual findings of the trial judge, the issue of whether the facts as found by the trial judge amount *at law* to reasonable and probable grounds is a question of law. As with any issue on appeal that requires the court to review the underlying factual foundation of a case, it may understandably seem at first blush as though the issue of reasonable and probable grounds is a question of fact. However, this Court has repeatedly affirmed that the application of a legal standard to the facts of the case is a question of law: see *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 18; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 23. In our view, the summary conviction appeal judge erred in failing to distinguish between the trial judge’s findings of fact and his ultimate ruling that those facts were insufficient, *at law*, to constitute reasonable and probable grounds. Although the trial judge’s factual findings are entitled to deference, the trial judge’s ultimate ruling is subject to review for correctness.

[21] In his ruling, the trial judge rightly stated that the totality of the circumstances should be considered in determining whether the officer had reasonable and probable grounds to make the breath demand. The trial judge thus reviewed the evidence before him, including evidence of Mr. Shepherd’s driving, appearance, and conduct, as well as Sgt. Sellers’ testimony that he believed that Mr. Shepherd’s ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. The trial judge noted that the indicia of impairment identified by Sgt. Sellers were “substantially corroborated” by the evidence of Cst. Horsley, the other officer who

par la loi est rempli est, en général, une question de droit, mais elle a aussi conclu que le juge qui a entendu l’appel de la déclaration sommaire de culpabilité [TRADUCTION] « n’avait pas commis d’erreur en faisant preuve de déférence à l’égard de la conclusion du juge du procès » concernant l’absence de motifs raisonnables et probables (par. 53).

[20] Bien qu’il ne fasse aucun doute que l’existence de motifs raisonnables et probables découle des conclusions de fait du juge du procès, la question de savoir si les faits qu’il a constatés constituent *en droit* des motifs raisonnables et probables est une question de droit. Comme pour toute question litigieuse en appel nécessitant que la cour examine le contexte factuel qui sous-tend l’affaire, on pourrait penser, à première vue, que la question des motifs raisonnables et probables est une question de fait. Toutefois, notre Cour a, à maintes occasions, affirmé que l’application d’une norme juridique aux faits est une question de droit : voir *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 18; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 23. À notre avis, le juge qui a entendu l’appel de la déclaration sommaire de culpabilité a commis une erreur en ne faisant pas la distinction entre les conclusions de fait du juge du procès et la décision qu’il a ultimement rendue selon laquelle les faits en question ne constituaient pas, *en droit*, des motifs raisonnables et probables. Bien que les conclusions de fait du juge du procès commandent la déférence, la décision qu’il a rendue en définitive est susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte.

[21] Dans sa décision, le juge du procès a affirmé à juste titre que toutes les circonstances devaient être prises en compte pour juger si le policier avait des motifs raisonnables et probables d’exiger les échantillons d’haleine. Le juge du procès a donc examiné les éléments de preuve portés à sa connaissance, y compris ceux concernant la façon dont M. Shepherd conduisait sa voiture, son apparence et son comportement ainsi que le témoignage du sergent Sellers selon lequel il croyait que la capacité de M. Shepherd de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l’effet de l’alcool. Le juge du procès a souligné que le témoignage de

appeared on the scene shortly after Mr. Shepherd's arrest.

[22] Turning to Mr. Shepherd's explanation that he was driving erratically because he thought the police car was an ambulance, the trial judge noted that this was "just as valid an explanation" for Mr. Shepherd's manner of driving as the suggestion that he was impaired by alcohol. The trial judge went on to conclude that, on the totality of the circumstances, the officer's subjective belief that Mr. Shepherd's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol was not objectively reasonable.

[23] With respect, it is our view that the trial judge erred in finding that the officer's subjective belief of impairment was not objectively supported on the facts. The officer's belief was based not only on the accused's erratic driving pattern but also on the various indicia of impairment which he observed after he arrested Mr. Shepherd. The trial judge placed substantial weight on Mr. Shepherd's explanation that he thought the police vehicle was an ambulance. Leaving aside the fact that this confusion itself can be a sign of impairment, it is important to note that the officer need not have anything more than reasonable and probable grounds to believe that the driver committed the offence of impaired driving or driving "over 80" before making the demand. He need not demonstrate a *prima facie* case for conviction before pursuing his investigation. In our view, there was ample evidence to support the officer's subjective belief that Mr. Shepherd had committed an offence under s. 253 of the *Criminal Code*. We therefore conclude that the officer had reasonable and probable grounds to make the breath demand, and that Mr. Shepherd's *Charter* claim must fail.

l'agent Horsley, l'autre policier s'étant présenté sur les lieux peu après l'arrestation de M. Shepherd, a [TRADUCTION] « substantiellement corroboré » le témoignage du sergent Sellers concernant les signes d'ébriété qu'il avait relevés.

[22] Quant à l'explication de M. Shepherd selon laquelle il avait conduit de façon erratique parce qu'il avait pris la voiture de police pour une ambulance, le juge du procès a fait remarquer que cette thèse [TRADUCTION] « expliquait tout autant » la façon dont M. Shepherd conduisait que la thèse des facultés affaiblies par l'alcool. Le juge du procès a ensuite conclu que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, la croyance subjective du policier que la capacité de M. Shepherd de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool n'était pas objectivement raisonnable.

[23] Avec égard, nous sommes d'avis que le juge du procès a commis une erreur en concluant que la croyance subjective de l'agent en l'affaiblissement des facultés de l'accusé n'était pas objectivement étayée par les faits. En effet, la croyance du policier se fondait non seulement sur le fait que l'accusé conduisait de façon erratique, mais aussi sur les divers indices d'ébriété qu'il avait remarqués après l'arrestation de M. Shepherd. Le juge du procès a accordé une grande importance à l'explication de M. Shepherd voulant qu'il avait pris la voiture de police pour une ambulance. Outre le fait que cette erreur même puisse donner à penser que l'accusé était en état d'ébriété, il importe de noter qu'il suffit que le policier ait des motifs raisonnables et probables de croire que le conducteur a commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies ou de conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08 avant d'exiger l'échantillon d'haleine. Il n'a pas à fournir une preuve *prima facie* justifiant une déclaration de culpabilité pour poursuivre son enquête. À notre avis, la preuve étayait amplement la croyance subjective du policier que M. Shepherd avait commis une infraction prévue à l'art. 253 du *Code criminel*. Nous concluons donc que le policier avait des motifs raisonnables et probables de demander à l'accusé de fournir un échantillon d'haleine, et que la demande de M. Shepherd fondée sur la *Charte* doit échouer.

[24] Having concluded that there was no violation of the *Charter*, it is unnecessary to address the submissions regarding the exclusion of the breath samples under s. 24(2) of the *Charter*. We would note, however, that the s. 24(2) issues argued by counsel on appeal are fully canvassed in *Grant*, released concurrently.

#### IV. Conclusion

[25] For these reasons, we would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Michael W. Owens, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: Saskatchewan Justice, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Crown Law Office — Criminal, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Ruby & Edwardh, Toronto.*

[24] Comme nous avons conclu qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter des arguments qui nous ont été soumis quant à l'exclusion des échantillons d'haleine en application du par. 24(2) de la *Charte*. Toutefois, nous tenons à préciser que les questions portant sur le par. 24(2) qui ont été débattues devant nous sont examinées à fond dans *Grant*, rendu en même temps que le présent arrêt.

#### IV. Conclusion

[25] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant : Michael W. Owens, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée : Saskatchewan Justice, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Bureau des avocats de la couronne — Droit criminel, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Ruby & Edwardh, Toronto.*