

## R. c. Piazza, [2018] J.Q. no 5054

Jugements du Québec

Cour d'appel du Québec

Greffe de Montréal

Les honorables Nicholas Kasirer J.C.A., Martin Vauclair J.C.A. et Marie-Josée Hogue J.C.A.

Entendu : le 6 juin 2017.

Rendu : le 8 juin 2018.

No : 500-10-006098-162 (500-36-007578-159, 110-158-052)

[2018] J.Q. no 5054 | 2018 QCCA 948 | 148 W.C.B. (2d) 352 | 48 C.R. (7th) 80 | 2018 CarswellQue 4910  
| 2018EXP-1702 | EYB 2018-295293

Entre SA MAJESTÉ LA REINE, Appelante -- poursuivante, et NICOLA PIAZZA, Intimé -- accusé

(133 paragr.)

### **Résumé**

---

**Droit criminel — Questions constitutionnelles — Charte canadienne des droits et libertés — Garanties juridiques --Droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat — Le droit constitutionnel prévu à l'alinéa 10(b) de la Charte ne trouve pas application dans les circonstances puisqu'il est suspendu après l'interception, l'enquête sommaire et l'ordre de fournir un échantillon d'haleine à ce moment — Le court délai en l'espèce n'a pas affecté la légalité de l'ordre et le droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat de l'intimé était suspendu. Il y a lieu d'accueillir l'appel, de casser la décision du juge d'appel et de rétablir le jugement de première instance — Appel accueilli.**

La Poursuite se pourvoit contre un jugement qui accueille l'appel de Piazza et l'acquitte après avoir cassé la décision de la Cour municipale de la Ville de Montréal qui l'avait déclaré coupable d'une accusation d'avoir refusé d'obtempérer à un ordre donné par un agent de la paix de fournir immédiatement un échantillon d'haleine. La Poursuite invite la Cour à se positionner sur la pertinence de l'exercice du droit à l'avocat lors de l'interception d'un automobiliste et de la décision prise par le policier de lui ordonner de fournir immédiatement l'échantillon d'haleine que celui-ci estime nécessaire à la réalisation d'une analyse convenable à l'aide d'un appareil de détection approuvé suivant le paragraphe 254(2) C.cr. En première instance, Piazza a soulevé qu'il aurait dû avoir l'opportunité de contacter son avocat durant l'attente de l'arrivée d'un ADA. La Cour municipale a rejeté cet argument. Toutefois, la Cour supérieure a renversé cette conclusion, déterminant que Piazza aurait pu avoir une possibilité réaliste de consulter un avocat pendant l'attente de l'arrivée de l'ADA.

DISPOSITIF: Appel accueilli. Les alinéas 10(a) et (b) de la Charte sont suspendus par une règle de droit lors de l'étape de l'ADA et cela est justifié pour deux raisons : la détention est nécessairement de courte durée et elle est liée à l'exercice d'un objectif sociétal important, la détection rapide des conducteurs dont la capacité de conduire est peut-être affaiblie par l'alcool. La question de l'opportunité de consulter un avocat constitue un faux problème, car le droit est suspendu dans l'enquête précédent l'ordre visé au paragraphe 254(2) C.cr. de même que pour les fins du test de l'ADA. Par ailleurs, offrir la possibilité de consulter un avocat dans l'intervalle, si délai il y a, serait non seulement difficile d'application, mais cela ne servirait rien. L'absence d'un ordre prompt dès que les soupçons sont acquis et l'absence de la possibilité d'y répondre immédiatement ne fait pas revivre le droit à l'avocat. Ce droit demeure suspendu jusqu'à la fin de l'enquête prévue au paragraphe 254(2) C.cr. Le court délai en l'espèce n'a pas affecté la légalité de l'ordre et le droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat de Piazza

était suspendu. Il y a lieu d'accueillir l'appel, de casser la décision du juge d'appel et de rétablir le jugement de première instance.

## Législation citée :

---

Charte canadienne des droits et libertés 1982, Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), art. 10(a), art. 10(b), art. 24(2)

Code criminel, [L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253](#)(1)(a), art. 254, art. 254(2), art. 254(5)

## Avocats

---

Me Marc-Antoine Lavallée, Me Normand Labelle, VILLE DE MONTRÉAL, AFFAIRES PÉNALES, CRIMINELLES, Pour l'appelante.

Me Jean-Philippe Marcoux, GARIÉPY ST-ONGE MARCOUX, Me Alexandre Legrand-Morel, CORDEAU PARÉ, AVOCATS, Pour l'intimé.

---

## ARRÊT

**1** L'appelante se pourvoit contre un jugement rendu le 21 janvier 2016 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Marc-André Blanchard), qui accueille l'appel de l'intimé et l'acquitte après avoir cassé la décision de la Cour municipale de la Ville de Montréal (l'honorable Richard Chassé) qui l'avait déclaré coupable d'une accusation d'avoir refusé d'obtempérer à l'ordre prévu au paragraphe 254(2) *C.cr.*

**2** Pour les motifs du juge Vaclair auxquels souscrivent les juges Kasirer et Hogue, **LA COUR :**

**3 ACCUEILLE** l'appel;

**4 CASSE** le jugement de la Cour supérieure;

**5 RÉTABLIT** le jugement de la Cour municipale.

L'HONORABLE NICHOLAS KASIRER J.C.A.

L'HONORABLE MARTIN VAUCLAIR J.C.A.

L'HONORABLE MARIE-JOSÉE HOGUE J.C.A.

## MOTIFS DU JUGE VAUCLAIR

**6** Le conducteur d'un véhicule intercepté a-t-il le droit, si le temps d'attente le permet, de communiquer avec un avocat avant de fournir des échantillons d'haleine dans un appareil de détection approuvé (ci-après "ADA")? S'il y a une violation, le juge de la Cour supérieure a-t-il erré en ne traitant pas du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) ("*Charte*")?

**7** Ces deux questions, soulevées par l'appelante, interpellent de façon plus générale la légalité de l'ordre de fournir

cet échantillon lorsque l'État ne peut offrir au conducteur les moyens de s'y soumettre immédiatement. S'il n'est pas possible de répondre immédiatement, l'ordre demeure-t-il légal et le refus peut-il être générateur d'infraction?

**8** Le juge du procès conclut à la culpabilité. La Cour supérieure accueille l'appel et acquitte l'intimé de l'infraction d'avoir fait défaut ou refusé d'obtempérer à un ordre donné par un agent de la paix de fournir immédiatement un échantillon d'haleine.

### **Note liminaire**

**9** Certainement en common law, une cour doit appliquer les jugements d'une cour qui lui est hiérarchiquement supérieure, peu importe les critiques judiciaires et doctrinales qu'ils suscitent et peu importe si la première estime qu'ils sont erronés : *Canada c. Craig*, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 20, 29; *R. v. Arcand* 2010 ABCA 363, par. 184; *Woods Manufacturing Co. v. Canada (Attorney General)*, [1951] S.C.R. 504, 515, cité dans *R. c. Aubin*, 2008 QCCS 4543.

**10** Tout récemment la Cour suprême écrit, dans l'arrêt *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15 :

[26] Les tribunaux de common law sont liés par les précédents faisant autorité. Ce principe -- celui du *stare decisis* -- est fondamental pour assurer la certitude du droit. Sous réserve d'exceptions extraordinaires, une juridiction inférieure doit appliquer les décisions des juridictions supérieures aux faits dont elle est saisie. C'est ce qu'on appelle le *stare decisis* vertical. Sans ce fondement, le droit fluctuerait continuellement, selon les caprices des juges ou les nouveaux éléments de preuve ésotériques produits par des plaideurs insatisfaits du statu quo.

[...]

[34] Il convient de rappeler qu'on ne peut déroger au principe du *stare decisis* vertical sur le fondement de nouveaux éléments de preuve en raison d'un désaccord ou d'une interprétation différente. Pour qu'un précédent contraignant d'une juridiction supérieure puisse être écarté sur le fondement de nouveaux éléments de preuve, ces derniers doivent "change[r] radicalement la donne" pour ce qui est de la façon dont les juristes comprennent la question juridique en jeu. Il ne suffit pas de conclure qu'une perspective différente sur la preuve existante pourrait changer la réponse des juristes à la même question juridique.

**11** En l'espèce, la question de droit a été tranchée par notre Cour en 2005 dans l'arrêt *R. c. Petit*, 2005 QCCA 687, lequel conclut, en rejetant l'appel, que le paragraphe 252(2) C.cr. autorise un court délai dans l'administration de l'ADA et écrit au paragraphe 19 que :

"[...] La détention serait donc de moins de 10 minutes puisque l'appareil est arrivé à 2h54. Un tel délai ne constituerait pas en l'instance une atteinte inacceptable aux droits de l'appelant considérant que la Cour suprême a statué qu'un délai court et inévitable de 15 minutes peut se justifier."

**12** La Cour supérieure devait appliquer l'arrêt *Petit*, d'accord ou non avec la conclusion, pour répondre à l'appel que l'intimé avait porté devant elle. La Cour supérieure a plutôt cherché une inspiration auprès de la Cour d'appel de l'Ontario. Or, à mon avis, si la règle du *stare decisis* n'interdit pas au juge d'exprimer pourquoi il croit qu'une décision qui le lie est erronée et ne doit pas être suivie, il ne peut refuser de l'appliquer. En l'espèce, l'arrêt *Petit* ne figure aucunement dans sa décision. En appel, l'appelante soutient qu'il y a violation du *stare decisis*.

**13** L'appelante a raison. L'arrêt *Petit* scelle le sort de l'appel, mais je fais un pas de plus puisque, à mon avis, le bien-fondé de l'arrêt *Petit* peut être remis en cause, ce qui soulève, comme je l'expliquerai plus bas, la difficile question du *stare decisis* dit horizontal.

### **Le contexte**

**14** Pour les fins de l'appel, il est inutile de relater en détail tous les faits. Il suffit de rappeler qu'à la suite d'une

information diffusée sur les ondes radio de la police, un patrouilleur travaillant en solo intercepte l'intimé qui conduisait son véhicule sur la voie publique. Il est 3 h 37. Une minute plus tard, à 3 h 38, deux autres patrouilleurs se présentent sur les lieux. Parmi les trois policiers, l'agent Trudelle se rend à la portière du conducteur afin de vérifier son état. Constatant immédiatement une odeur d'alcool émanant de la bouche de l'intimé et ses yeux rouges, il lui ordonne de sortir de son véhicule et de jeter la gomme à mâcher qu'il a dans sa bouche.

**15** À 3 h 40, l'agent Trudelle lui explique son intention de lui faire passer un test de dépistage à l'aide d'un ADA dès qu'un appareil lui sera apporté et lui donne des explications à ce sujet. L'appareil arrive sur les lieux vers 3 h 50 et l'ordre est donné. Il s'écoule ensuite 10 minutes pendant lesquelles quatre tentatives infructueuses mènent à l'arrestation pour refus d'obtempérer. Le policier lui fait part de son droit à l'assistance d'un avocat.

**16** Il a été établi que l'intimé était coopératif et en possession d'un téléphone cellulaire et qu'il connaissait le numéro personnel d'un avocat. De plus, il n'est pas contesté que l'agent Trudelle ne s'est pas préoccupé de savoir si l'intimé avait un moyen de communication pour appeler un avocat et qu'il ne lui aurait pas permis de le faire dans l'attente de l'ADA, et ce, pour des raisons de sécurité.

**17** Ceci mène aux deux accusations poursuivies par voie de déclaration sommaire de culpabilité. Le premier chef lui reproche d'avoir conduit son automobile alors que sa capacité de conduire était affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue (art. 253(1)a) C.cr.). Le second chef lui reproche d'avoir, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refusé d'obtempérer à l'ordre que lui a donné le policier (art. 254(5) C.cr.). Le procès s'engage à la Cour municipale de Montréal.

**18** Un voir-dire est tenu puisque l'intimé prétend que les policiers ont enfreint ses droits constitutionnels d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat et de l'exercer, prévus aux alinéas 10a) et 10b) de la *Charte* et que l'ordre donné était illégal.

**19** Sur la légalité de l'ordre, le juge du procès constate la présence manifeste de soupçons raisonnables et rejette cet argument. Sur les violations alléguées, le juge mentionne l'arrêt *R. c. Petit*, [2005 QCCA 687](#) qui autorise un court délai d'attente pour obtenir l'ADA. Il ajoute que l'intimé ne pouvait pas communiquer de façon confidentielle avec un avocat dans les circonstances de cette interception : C.M. Montréal, no 110-158-052, 18 juin 2014. Il rejette donc les prétentions de l'intimé sur la violation de ses droits.

**20** Au procès, l'intimé est acquitté du premier chef, mais déclaré coupable du second. L'intimé offrait diverses explications au "refus" reproché, soit une excuse raisonnable ou une mauvaise manipulation de l'appareil et une méconnaissance de son fonctionnement par l'agent Trudelle. Le juge du procès ne retient pas ces arguments et le déclare coupable : [2015 QCCM 107](#).

**21** L'intimé porte sa décision en appel devant la Cour supérieure. Sans vouloir être indûment réducteur quant au jugement du juge d'appel, sa proposition exprimée après une analyse de la jurisprudence, est que l'ordre de fournir un échantillon d'haleine donné en vertu du paragraphe 254(2) C.cr. ne "saurait respecter l'exigence d'immédiateté liée à son intégrité constitutionnelle lorsque les policiers n'ont pas un ADA avec eux, et qu'un délai devient inévitable, et que dans ce délai [...] l'accusé aurait pu avoir une possibilité réaliste de consulter un avocat" : *R. c. Piazza*, [2016 QCCS 1622](#), par. 44.

### ***Les questions en appel***

**22** Deux questions de droit sont soulevées dans la requête pour permission d'appeler et sont autorisées par un juge de la Cour : [2016 QCCA 592](#). Je les reformule librement :

- 1) Le droit constitutionnel prévu à l'alinéa 10b) trouve-t-il application dans les circonstances?
- 2) Le juge d'appel a-t-il erré en omettant l'analyse prévue au paragraphe 24(2) de la *Charte* ?

**23** L'appelante ne dit mot sur la seconde question et pour des raisons qui deviendront évidentes à la lecture de la présente décision, le paragraphe 24(2) n'avait pas d'application en l'espèce. Comme je l'expliquerai, le droit constitutionnel prévu à l'alinéa 10b) de la *Charte* ne trouve pas application dans les circonstances puisqu'il est suspendu après l'interception, l'enquête sommaire et l'ordre de fournir un échantillon d'haleine à ce moment.

### **Analyse**

#### ***La Cour suprême, le droit à l'avocat et l'article 254 C.cr.***

**24** L'unique question en litige est donc de savoir si les policiers ont enfreint le droit à l'assistance d'un avocat visé par l'alinéa 10b) de la *Charte* qui protège toute personne détenue ou arrêtée. Elle met en cause la tension qui existe entre le droit à l'avocat et l'ordre de fournir immédiatement un échantillon d'haleine : *R. v. George*, [2004 CanLII 6210](#), par. 1 (C.A.O.). Dans l'arrêt *R. v. Quansah*, [2012 ONCA 123](#), la Cour écrit au par. 14 "we are yet again asked to consider what the "forthwith" requirement in s. 254(2) means". Pourtant, la Cour suprême s'est prononcée à plusieurs reprises sur la question. Manifestement, la situation ne semble pas claire.

**25** L'appelante invite la Cour à se positionner sur la pertinence de l'exercice du droit à l'avocat lors de l'interception d'un automobiliste et de la décision prise par le policier de lui ordonner de fournir immédiatement l'échantillon d'haleine que celui-ci estime nécessaire à la réalisation d'une analyse convenable à l'aide d'un appareil de détection approuvé suivant le paragraphe 254(2) *C.cr.*

**26** Pourtant, en 1988, la Cour suprême a tranché. Une société libre et démocratique est justifiée de suspendre le droit constitutionnel prévu à l'alinéa 10b) de la *Charte* lorsque le policier donne l'ordre à un automobiliste de fournir un échantillon d'haleine dans un ADA. À moins d'une nouvelle contestation constitutionnelle, c'est le point de départ.

**27** À la base de la justification, deux dimensions sont identifiées. D'abord, le temps consacré au test est minimal, il est effectué sur place et il est donc, par définition, incompatible avec l'assistance d'un avocat. La disposition exige une exécution immédiate dès que le policier soupçonne la présence d'alcool et une exécution immédiate du conducteur lorsque l'ordre est donné. Ensuite, la mesure est importante pour détecter les automobilistes qui conduisent alors qu'ils ont consommé plus d'alcool que permet la loi. Le dépistage à l'aide de l'ADA n'est qu'une méthode parmi d'autres, mais une méthode efficace, d'aider le policier à former des motifs raisonnables que le conducteur a dépassé la consommation d'alcool permise puisque les symptômes physiques de l'affaiblissement des capacités de conduire ne traduisent pas toujours la consommation réelle d'alcool. Une augmentation du risque de détection, estime-t-on, décourage les automobilistes à prendre la route après avoir trop bu.

**28** Une fois détecté, le conducteur est amené au poste pour se soumettre, cette fois, à l'éthylomètre dont les résultats pourront être concluants et, le cas échéant, serviront de preuve pour établir un taux d'alcool dans le sang supérieur à la limite légale.

**29** Les problèmes sont survenus parce que des délais sont parfois sinon toujours nécessaires entre le moment où l'ordre est donné et le moment où le conducteur peut s'exécuter. La jurisprudence de la Cour suprême a examiné plusieurs situations. Il y a eu celle où le délai est causé parce que le policier savait que, à défaut d'attendre un peu, le test ne serait pas fiable. Puis il y a eu celle où le policier, ne voulant pas prendre de chance et obtenir un test non fiable, attend un peu avant de l'administrer. Elle a également examiné la situation où les délais sont causés parce que le policier n'avait pas l'appareil avec lui et a donc décidé de se rendre au poste de police avec l'automobiliste. Enfin, la Cour s'est penchée sur le délai qui survient lorsque l'automobiliste refuse et est amené au poste de police où, après avoir communiqué avec un avocat, il accepte de se soumettre à l'ordre.

**30** Il découle de tous ces arrêts que l'immédiateté ne signifie pas l'instantanéité et on peut le comprendre. Après tout, bien que tout cela se fasse en principe rapidement, il faut préparer l'ADA et expliquer au conducteur la

procédure avant qu'il s'exécute. Ces délais sont autorisés par la disposition de la loi. Mais jusqu'où peut aller l'attente et quel en est l'effet sur la procédure de détection?

31 Je précise que la constitutionnalité du régime lui-même n'est pas en cause, c'est-à-dire que personne ne demande à la Cour de déterminer si le régime établi par le paragraphe 254(2) *C.cr.* actuel est constitutionnel.

### L'arrêt Thomsen

32 Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [\[1988\] 1 R.C.S. 640](#), la question en litige est de déterminer si une personne sommée de fournir un échantillon d'haleine dans un ADA doit être informée de son droit à l'assistance d'un avocat, si elle peut exercer ce droit avant de se soumettre et, dans la négative, savoir si la disposition est une limite raisonnable au sens de l'article premier. Le juge Le Dain écrit :

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 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*.

[Je souligne.]

33 Voici le libellé de la disposition en cause dans cette affaire de 1988 :

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 **demande de lui soumettre sur-le-champ** tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable **au moyen d'un alcooltest approuvé** et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

\* \* \*

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.

[Je souligne.]

34 S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Therens*, [\[1985\] 1 R.C.S. 613](#), le juge Le Dain conclut d'abord que la personne soumise à cette sommation est détenue et que la personne détenue peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat. Elle a donc le droit de retenir les services d'un avocat et d'en être informée. Aux pages 649 et 650, il écrit :

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 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.

[Je souligne.]

**35** Le juge Le Dain explique ensuite que, dans les circonstances de l'interception routière, la suspension de ce droit est justifiée par la disposition législative, principalement parce que le test se veut un procédé rapide, effectué sur place, c'est-à-dire au bord de la route. En effet, le texte anglais utilise l'expression "roadside". À la page 653, il écrit :

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.

[Je souligne.]

**36** À cette étape, ce test rapide est souhaitable pour augmenter le taux de détection de la conduite automobile avec les facultés affaiblies par l'alcool et l'assistance de l'avocat peut se réaliser à l'étape subséquente. À la page 655, le juge Le Dain écrit :

The important role played by roadside breath testing is not only to increase the detection of impaired driving, but to increase the perceived risk of its detection, which is essential to its effective deterrence. In my opinion 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 to the fact that the right to counsel will be available, if necessary, at the more serious breathalyzer stage.

**37** En résumé, les alinéas 10a) et b) de la *Charte* sont suspendus par une règle de droit lors de l'étape de l'ADA et cela est justifié pour deux raisons : la détention est nécessairement de courte durée et elle est liée à l'exercice d'un objectif sociétal important, la détection rapide des conducteurs dont la capacité de conduire est peut-être affaiblie par l'alcool.

**38** La jurisprudence subséquente de la Cour suprême est constante. La suspension du droit constitutionnel et sa justification dans le cadre d'une société libre et démocratique sont acquises. Ce qui y est discuté, toutefois, consiste à circonscrire le caractère d'immédiateté lors de ce premier contact avec les policiers, un des éléments qui sous-tend la justification de la suspension du droit. Qu'est-ce qu'une détention brève au sens du paragraphe 254(2) *C.cr.* et décrite par le juge Le Dain? Dans l'arrêt *Thomsen*, le policier faisait des contrôles routiers ponctuels et était muni d'un ADA, mais on sait peu de choses des délais en cause.

**39** Une modification à l'article 254(2) du *Code criminel* a permis aux plaideurs de soulever de nouveaux arguments. L'ADA n'est plus un moyen de détection réservé au conducteur d'une automobile. Le législateur rend disponible ce test de dépistage à d'autres situations : les cas de "garde et contrôle d'une automobile" et on vise

désormais le conducteur d'un bateau ou d'un aéronef. Le législateur a donc éliminé le mot "roadside" du texte anglais, qui n'avait plus de sens dans le contexte d'un bateau ou d'un aéronef. Dans le texte français, le mot "sur-le-champ" a cédé la place à "immédiatement".

### L'arrêt Grant

40 Ce nouveau libellé est en vigueur lors des faits qui sous-tendent l'arrêt *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139. L'article 238 C.cr. était libellé ainsi :

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

\* \* \*

238 (2) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is operating a motor vehicle **or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft** or who has the care or control of a motor vehicle, **vessel or aircraft, 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 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 screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

[Je souligne. Caractères gras ajoutés.]

41 Les faits de l'arrêt *Grant* sont les suivants. Alors que Grant conduit son automobile, un policier le soupçonne de conduite pendant interdiction. Intercepté plus loin, Grant est hors de son véhicule et sur le trottoir lorsque le policier lui demande de monter à bord de l'auto-patrouille pour l'interroger. Sentant l'alcool qui se dégage de l'haleine de Grant, le policier le somme de passer un test de détection à l'aide de l'ADA, qu'il doit cependant faire venir du poste de police, ne l'ayant pas en sa possession. Un policier muni de l'appareil arrive finalement après un délai de quelque 30 minutes. Grant refuse d'obtempérer. Il est accusé d'avoir refusé d'obtempérer à l'ordre du policier.

42 Dans cet arrêt, le juge Lamer opine que l'exigence de fournir immédiatement l'échantillon requis justifie, tout comme l'avait confirmé l'arrêt *Thomsen*, une limitation au droit constitutionnel dans ce contexte et uniquement pendant cette détention qui sera, par implication nécessaire, de courte durée : *Grant*, page 149. Il refuse de se prononcer définitivement en l'absence d'une question constitutionnelle formelle.

43 Le juge Lamer conclut cependant qu'un ordre non conforme ne crée aucune obligation. Au surplus, l'ordre qui ne respecte pas les exigences de la loi ne peut plus justifier la suspension du droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat :

The crucial point is that, unless the demand made by a police officer falls within the ambit of s. 238(2), the person to whom the demand is addressed is under no obligation to comply with the demand, and does not commit the offence under s. 238(5) if he refuses to do so. Nor is the provision available to authorize the absence of a s. 10(b) warning upon detention, and hence it cannot constitute a limitation on the s. 10(b) rights to counsel "prescribed by law" which would be capable of justification under s. 1. In other words, if the actions of the officer fell outside the purview of s. 238(2), those actions must be independently analyzed under s. 10(b) of the *Charter* without reference to the *Code* provision. The judgment of this Court in *Thomsen* could only have application if the police action had fallen within s. 238(2).

[Je souligne.]



**44** Dans cette affaire, le juge Lamer évalue que l'ordre n'était pas visé par l'article du *Code criminel*. En raison de l'attente, il s'agissait plutôt d'une demande de fournir un échantillon d'haleine lorsque le policier aurait reçu l'ADA, ce qui a requis quelque trente minutes. Il ne s'agissait donc pas d'un ordre "de lui fournir immédiatement". Sans préciser le délai tolérable, il faut comprendre que le mot "*immédiatement*" signifie "*tout de suite*". À la page 150, il écrit :

In my opinion, the actions of the officer in this case fell outside of the ambit of s. 238(2). The demand made was not the demand authorized by s. 238(2), that Mr. Grant provide a sample of his breath "forthwith." Instead, the demand made was a demand that he provide a breath sample when the required apparatus arrived, which turned out to be half an hour later. It follows that Mr. Grant was under no obligation to comply with the police officer's demand, and did not commit the offence under s. 238(5) when he failed to do so. The context of s. 238(2) indicates no basis for departing from the ordinary, dictionary meaning of the word "forthwith" which suggests that the breath sample is to be provided immediately. Without delving into an analysis of the exact number of minutes which may pass before the demand for a breath sample falls outside of the term "forthwith", I would simply observe that where, as here, the demand is made by a police officer who is without an A.L.E.R.T. unit and the unit does not, in fact, arrive for a half hour, the provisions of s. 238(2) will not be satisfied.

[Je souligne.]

**45** Puisque l'infraction reprochée à Grant en était une de refus d'obtempérer à l'ordre du policier, ce dernier élément faisait défaut de sorte qu'aucune obligation n'en découlait. Par conséquent, le "refus" n'était pas un élément de preuve et le paragraphe 24(2) de la *Charte* n'entraîne pas en jeu : *Grant*, p. 150.

### L'arrêt Bernshaw

**46** Quelques années plus tard, dans l'arrêt *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, la Cour suprême est confrontée à la validité d'un prélèvement effectué quinze minutes après la sommation du policier, donnée en vertu du paragraphe 254(2) C.cr. dont le libellé est presque identique à celui de son prédécesseur, le paragraphe 238(2) C.cr. cité plus haut. Dans le texte français, on fait référence désormais à la présence d'alcool dans "l'organisme" plutôt que dans le "corps" de la personne et la disposition vise maintenant les situations impliquant du matériel ferroviaire. Voici le libellé :

254(2) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme de la personne qui conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef, ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour l'analyser à l'aide d'un appareil de détection approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

\* \* \*

254(2) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is operating a motor vehicle or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft or of railway equipment or who has the care or control of a motor vehicle, vessel or aircraft or of railway equipment, whether it is in motion or not, has alcohol in the person's body, the peace officer may, by demand made to that person, require the person to provide forthwith such a sample of breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of the breath to be made by means of an approved screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of breath to be taken.

**47** Dans cette affaire *Bernshaw*, les policiers avaient en leur possession l'ADA et avaient procédé au prélèvement immédiatement. Cependant, la notice d'utilisation du fabricant recommandait une période d'attente de 15 à 20 minutes avant de faire passer le test dans le but d'éliminer toute trace d'alcool dans la bouche de la personne testée. Au procès, un expert avait expliqué que la consommation récente d'alcool figurait parmi les obstacles à un résultat fiable. Dans le cas de *Bernshaw*, les policiers ne s'étaient pas souciés de la consommation récente.

**48** Une des questions soulevées dans cette affaire est pertinente au présent débat. La Cour se penche sur le sujet complexe de savoir si l'exigence d'immédiateté comporte néanmoins un délai d'attente. La réponse divise la Cour. Les juges Cory, Sopinka, L'Heureux-Dubé et Gonthier prennent chacun la plume.

**49** Le juge Cory, au nom de trois juges, se fondant sur la nécessité de prévenir l'alcool au volant, réitère que l'ADA est un appareil de détection portatif dont le but est de trier rapidement les conducteurs afin de repérer ceux qui, probablement, ont les capacités affaiblies par l'alcool. L'ADA offre l'avantage de limiter les inconvénients pour le conducteur qui, s'il réussit le test, poursuivra sans doute son chemin. Le concept même, selon le juge Cory, est une détention de courte durée. Il écrit, au par. 23 de l'arrêt :

This Court has in fact recognized that the ALERT test must be administered immediately and that the detention under s. 254(2) is constitutionally justifiable under s. 1 of the *Charter* for the very reason that the detention is of such very brief duration.

**50** Aussi, le juge Cory ne croit pas nécessaire de revenir sur la signification du mot "immédiatement", précisé dans l'arrêt *Grant : Bernshaw*, par. 25. Il se demande néanmoins si, dans certaines circonstances, cette définition peut être élargie.

**51** Le juge Cory réitère la conclusion de l'arrêt *Thomsen*. Selon lui, l'efficacité de la détection des conducteurs ayant consommé de l'alcool et le caractère dissuasif de celle-ci militent pour la suspension du droit à l'avocat à cette étape. Au par. 26, il écrit :

The right to retain counsel was incompatible both with the effective use of the ALERT device and with the purpose of demonstrating a police presence which would convince drinking drivers that there was a high probability that they would be quickly and readily detected. The section's use of the word "forthwith" in the context of a roadside screening test clearly indicated that there was to be no opportunity granted to a driver to call a lawyer. The test was to be performed immediately and to fail it had no penal consequences. It is a testing device used to protect the public.

**52** *Bernshaw* plaidait la nécessité d'attendre 15 à 20 minutes dans tous les cas et pendant cette période, le policier devait informer le conducteur de son droit à l'assistance d'un avocat. Le juge Cory rejette cette idée. Outre la contradiction de cette exigence avec celle que le test soit administré immédiatement, il est d'avis qu'une détention prolongée n'est plus une justification à la suspension du droit : *Bernshaw*, par. 28. Pour lui, le conducteur avec un taux résiduel d'alcool dans la bouche à la suite d'une éructation, d'une régurgitation ou d'une dernière consommation serait sans doute "blanchi" par l'alcootest, ce dernier test devant être précédé d'une période d'observation de 15 minutes. La démarche souple proposée par une période d'attente dans certains cas n'est pas acceptable et il faut privilégier un critère uniforme pour l'interprétation du terme "immédiatement" : *Bernshaw*, par. 35.

**53** Le juge Sopinka est d'avis que l'immédiateté permet un certain délai, opinion à laquelle souscrivent trois autres juges et la juge L'Heureux-Dubé sur ce point. Contrairement au juge Cory, il ne conçoit pas qu'un échec au test de dépistage suffit, en droit, pour constituer des motifs raisonnables si le policier sait que des circonstances affectent la fiabilité du test. Clairement, il précise qu'une période d'attente acceptable ne découle pas d'une règle générale, mais des circonstances de chaque cas : *Bernshaw*, par. 45-46. Pour le juge Sopinka, un échec "non fiable" à l'ADA à la connaissance du policier ne peut constituer, seul, des motifs raisonnables pour sommer le conducteur de se soumettre à l'éthylomètre, soit la seconde étape, et pour prélever la preuve de l'infraction. En fermant les yeux sur

cette possibilité, selon lui, on autoriserait une violation des droits constitutionnels : *Bernshaw* par. 52 et 60. Par conséquent, une attente de 15 minutes est acceptable lorsque les circonstances le justifient pour assurer la fiabilité du test. Autrement, le délai serait inacceptable. Le juge Sopinka écrit, au par. 61 :

... if this were the situation then police officers would be faced with the dilemma whereby the test might be invalidated as unreliable if administered without delay, yet would also be invalidated as an unauthorized test under s. 254(2) if the police officer did wait 15 minutes. This would appear to create an intolerable situation as it would emasculate the statutory scheme in circumstances where the police officer knows the suspect has very recently consumed his or her last drink of liquor. In my view, this could not have been the intention of Parliament.

[Je souligne.]

**54** Reprenant le passage du juge Le Dain dans *Thomsen*, et cité au par. [35] de mes motifs, le juge Sopinka accepte qu'un délai soit nécessaire pour obtenir un prélèvement fiable à l'aide de l'ADA. Ce délai permet les manipulations de préparation de l'appareil, les instructions à la personne détenue et de prendre en compte les circonstances, le tout à l'intérieur du délai global de deux heures comme le précisait l'arrêt *Thomsen*. En clair, un délai opérationnel implicite. Au par. 64, il explique :

Although the above passage states that the screening test should be administered as soon as possible, the fact that one should have regard to the two-hour limit for the breathalyzer test suggests that a 15-minute delay would not offend the provision nor the scheme of s. 254 of the Code. Implicit in the requirement that the sample be provided forthwith is any operational time component. The peace officer has to ready the equipment and instruct the suspect on what to do. In short, the statutory provisions must allow the time required to take a proper test. The duration of this time requirement is constrained by the fact that there is an overall time limit of two hours if the scheme is to work.

[Je souligne.]

**55** Le juge Sopinka voit dans les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Grant* que je cite au par. [44] de mes motifs, l'acceptation "que le policier dispose d'une certaine latitude pour faire subir le test après un certain laps de temps / does not rule out the possibility that there is in fact some leeway to administer the test after a certain period of delay" : *Bernshaw*, par. 66.

**56** J'ouvre ici une parenthèse. L'opinion du juge Sopinka peut suggérer que le test de l'ADA doit être passé dans le meilleur délai en tenant compte du délai de deux heures (tel qu'il était à l'époque) pour recourir à l'ivressomètre. Par contre, en référant à l'opinion du juge Lamer dans l'arrêt *Grant*, la confusion s'installe quant au délai acceptable puisque le juge Lamer rejette un délai de trente minutes. Quelles sont donc la nature et la durée du délai envisagé par le juge Sopinka?

**57** À l'appui de son affirmation, le juge Sopinka cite trois décisions. Deux mettent en cause un délai d'attente justifié par une préoccupation quant à la fiabilité du test : *R. c. Wannacott* (1990), [23 M.V.R. \(2d\) 248](#) (C. dist. Ont.), conf. par (1991), [35 M.V.R. \(2d\) 226](#) (C.A.O.) (consommation récente d'alcool) et *R. c. Kaczmarek* (1994), [50 M.V.R. \(2d\) 56](#) (C.S.O., Div. Gen.) (inhalation récente de fumée de cigarette). Dans les deux cas, le délai est inférieur à 11 minutes.

**58** Le troisième arrêt cité par le juge Sopinka, *R. c. Seo*, (1986), [25 C.C.C. \(3d\) 385](#) (C.A.O.), est rendu bien avant l'arrêt *Grant* et met en cause un délai pour faire venir l'appareil de dépistage sur les lieux de l'interception. Le juge Sopinka rappelle la conclusion de cet arrêt voulant que "le test pourrait être administré dès qu'il était raisonnablement possible de le faire compte tenu des circonstances" et que "le terme "forthwith" signifie dans un délai raisonnable compte tenu de la disposition et des circonstances de l'affaire" : *Bernshaw*, par. 67.

**59** Le juge Sopinka reconnaît donc une interprétation du terme "immédiatement" qui permet un certain délai. Voici

cependant ce qu'il explique :

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

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

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

60 Le juge Sopinka circonscrit le délai à ce qui nécessaire pour la fiabilité de l'analyse à l'aide d'un ADA. Cela, peut-on dire, exclut le délai constaté dans *Seo* qui est en définitive un temps d'attente pour obtenir l'appareil. Si ce dernier temps d'attente pouvait se justifier, il serait nécessairement indéterminé, mais limité à deux heures et le juge Sopinka n'avait pas à circonscire le délai, comme il le fait, dans les circonstances où cela est nécessaire pour une analyse fiable ou à souscrire à l'opinion du juge Lamer dans l'arrêt *Grant*.

61 Cet aspect un peu déroutant de l'opinion du juge Sopinka, et je le dis avec égards, se poursuit ou se dissipe lorsqu'il souscrit au raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Pierman, R. c. Dewald* ([1994](#)), [92 C.C.C. \(3d\) 160](#) qui est également contradictoire sur la question d'une période d'attente pour obtenir l'appareil.

62 J'explique d'abord ma compréhension de ces deux arrêts. Ces affaires sont entendues ensemble. Les trois juges de la Cour d'appel de l'Ontario rédigent des motifs. L'affaire *Pierman* présente un cas où la fiabilité de l'analyse est en jeu puisque le policier avait des motifs de retarder l'administration du test à l'aide de l'ADA en raison d'une consommation récente d'alcool. Par contre, dans l'affaire *Dewald*, la policière avait retardé de 15 minutes le prélèvement pour respecter un délai d'attente *théorique*, prescrit par le fabricant de l'appareil. Ayant échoué, Dewald avait ensuite passé le test de l'éthylomètre dont les résultats démontraient une alcoolémie supérieure à la limite permise.

63 Pour le cas de Dewald, la juge Arbour exprime l'opinion que le policier ne peut pas retarder le test sauf si les faits justifient de le faire afin d'obtenir un résultat fiable : p. 169.

64 La Cour d'appel est unanime dans l'arrêt *Pierman*. La juge Arbour, se fondant sur le texte du paragraphe 254(2) C.cr. et les mots "to enable a proper analysis / qu'il estime nécessaire pour l'analyse", explique que le policier ayant des motifs de croire à un test non fiable est justifié d'attendre. L'ordre répondait aux exigences de la disposition :

In my view, a police officer cannot delay the taking of a breath sample, when acting pursuant to s. 254(2) of the Criminal Code, unless she or she is of the opinion that a breath sample provided immediately will not allow for a proper analysis of the breath to be made by an approved screening device. The officer is not required to take a sample that she or he believes is not suitable for a proper analysis. The expression "proper analysis" incorporates an element of accuracy. A police officer may be of the opinion that a breath sample which has been recently contaminated, by cigarette smoke or by the recent consumption of alcohol, will not provide a basis for a proper analysis. If there are facts which cause the officer to form the opinion that a short delay is required in order to obtain an accurate result, I think that the officer is acting within the scope of the section in delaying the taking of the breath sample.

[Je souligne.]

65 Selon la juge Arbour, puisque la détention additionnelle constituait une détention non autorisée par le

paragraphe 254(2) *C.cr.*, le droit à l'assistance d'un avocat n'était plus suspendu et sa violation entraînait l'exclusion de la preuve des résultats de l'ivressomètre : p. 170-171.

66 L'opinion du juge Grange est nuancée. Il ne rejette pas l'idée d'un délai d'attente *théorique* de 15 minutes, comme requis par les normes canadiennes. Toutefois, même en admettant que sa collègue Arbour ait raison sur cette question, il ne peut concevoir que l'exclusion de la preuve s'ensuit dans les circonstances. Sur ce dernier point, son collègue Galligan est d'accord avec lui, concluant que l'administration de la justice n'est pas déconsidérée par l'admission de la preuve.

67 Il est clair que dans l'arrêt *Dewald*, la juge Arbour refuse d'élargir la portée du paragraphe 254(2) *C.cr.* Elle souligne que le législateur pouvait adopter un libellé similaire au paragraphe 254(3) *C.cr.*, celui régissant l'ordre de se soumettre à l'éthylomètre, mais qu'il ne l'a pas fait. Dans ce dernier cas, la disposition permet de donner l'ordre et de fournir l'échantillon requis "dans les meilleurs délais / *as soon as practicable*" : p. 169 :

If, on the other hand, we were to hold that a police officer is entitled to wait 15 minutes before taking a breath sample pursuant to s. 254(2) of the Criminal Code, solely on the hypothesis that the suspect may have consumed alcohol within the previous 15 minutes, we would be, in my view, unduly expanding the statutory basis upon which motorists may be detained without access to counsel. It would have been open for Parliament to provide a time frame within which s. 254(2) should operate, as it did, for instance, in s. 258(1)(c)(ii). In my opinion, it is not open to this court to expand the scope of a *Charter* infringement beyond what is necessary to give effect to the section.

[Je souligne.]

#### L'arrêt Dewald

68 L'appel à la Cour suprême sera rejeté sommairement l'année suivante, en deux paragraphes, dans *R. c. Dewald*, [1996] 1 R.C.S. 68, où le juge Sopinka, pour la Cour, exprime d'abord son accord avec la juge Arbour que l'ordre n'était pas conforme au paragraphe 254(2) *C.cr.* en raison du délai écoulé, suivant l'interprétation donnée dans l'arrêt *Bernshaw*, qui était alors rendu. Par contre, il confirme les juges majoritaires et conclut que la violation était de pure forme et que le policier avait agi de bonne foi, de sorte que l'utilisation de la preuve n'avait pas rendu le procès inéquitable et qu'elle n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

69 Je ferme la parenthèse et je reviens à l'arrêt *Bernshaw*. Comme mentionné, le juge Sopinka retient l'opinion de la juge Arbour. Il conclut aux par. 72 à 74 :

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

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

Although there is no doubt that the screening test should generally be administered as quickly as possible, it would entirely defeat the purpose of Parliament to require the police to administer the screening test immediately in circumstances where the results would be rendered totally unreliable and flawed. The flexible approach strikes the proper balance between Parliament's objective in combatting the evils of drinking and driving, on the one hand, and the rights of citizens to be free from unreasonable search and seizure. I do not believe that the matter is advanced by quoting statistics. Although we all agree that Parliament has every reason to vigorously pursue the objective of reducing the carnage on our highways,

that objective is not advanced by subjecting innocent persons to invasions of privacy on the basis of faulty tests. I do not believe that this is what Parliament intended in enacting s. 254 of the *Criminal Code*.

[Je souligne.]

**70** À mon avis, la proposition du juge Sopinka signifie que la flexibilité voulue est rigoureusement et strictement encadrée par les termes de la disposition. Le droit à l'avocat n'en demeure pas moins suspendu pendant ce délai. Le juge Sopinka écrit au par. 75 :

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

[Je souligne.]

**71** Je retiens que le droit à l'avocat est suspendu pendant la mise en oeuvre de l'administration du test prévu au paragraphe 254(2) *C.cr.* lequel peut être retardé uniquement pour s'assurer de la fiabilité du test lorsque le policier sait qu'il existe un motif de craindre que ce ne sera pas le cas. Ceci est conforme à l'équilibre entre les intérêts de l'État et la protection du droit à l'avocat, de même qu'au libellé de la loi qui prévoit que l'échantillon fourni doit être "to enable a proper analysis / qu'il estime nécessaire pour l'analyse".

### **L'arrêt Orbanski**

**72** D'ailleurs, sur la question de la suspension continue du droit à l'avocat, il faut également tenir compte de l'arrêt *R. c. Orbanski*; *R. c. Elias*, [2005] 2 R.C.S. 3. Dans cet arrêt, la Cour suprême confirme la restriction du droit constitutionnel garanti par l'alinéa 10b) de la *Charte* :

In my view, it logically follows from *Thomsen* that a limit on the right to counsel is also prescribed during the roadside screening techniques utilized in these cases. If a limit on the right to counsel is prescribed during compliance with a s. 254(2) demand for a sample for analysis in the roadside screening device, then the limit must necessarily be prescribed during the screening measures preceding the demand, conducted with the very objective of determining whether there is a reasonable suspicion justifying the demand. Similarly, the limit must necessarily be prescribed during the screening measure that is the functional equivalent to the roadside screening device, namely, a technique conducted with the very objective of determining whether there are reasonable and probable grounds justifying a s. 254(3) demand for a breath or blood sample.

[Je souligne.]

**73** Par cet arrêt, la Cour suprême confirme qu'il se crée une période où la suspension du droit est justifiée, soit à partir du moment où le policier débute son enquête pour acquérir des soupçons raisonnables jusqu'à ce qu'il procède à l'arrestation de la personne qui, jusqu'à ce moment, n'est que détenue.

### **L'arrêt Woods**

**74** La Cour suprême est revenue une autre fois sur le caractère immédiat de l'ordre et de la réponse, exigés par le paragraphe 254(2) *C.cr.* Dans l'arrêt *R. c. Woods*, [2005] 2 R.C.S. 205, le juge Fish que l'affaire soulève précisément la signification de l'expression "fournir [...] immédiatement / to provide forthwith" au paragraphe 254(2) *C.cr.*

**75** Dans cette affaire, Woods refuse de se soumettre au test à l'aide de l'ADA sur les lieux de l'interception. Arrêté et amené au poste, il consulte un avocat. Plus d'une heure après l'interception, il change d'idée. Les policiers lui intimement de nouveau l'ordre de souffler dans l'ADA. Woods échoue au test. Sur la base de cet échec uniquement, il est sommé de fournir des échantillons d'haleine à l'aide de l'éthylomètre. Les résultats de ce prélèvement fondent le verdict de culpabilité de conduite avec un taux d'alcool dans le sang supérieur à la limite légale.

**76** Comme le rappelle le juge Fish, l'unique question en appel est de déterminer si l'échantillon d'haleine prélevé à l'aide de l'ADA a été obtenu *légalement*, c'est-à-dire conformément au paragraphe 254(2) *C.cr.*, puisque seul le résultat qui en découle soutient les motifs raisonnables pour procéder à la seconde sommation : *Woods*, par. 8-9. "Dans l'affirmative", écrit-il, "la preuve obtenue a été admise à bon droit et la déclaration de culpabilité de l'intimé est fondée. Dans le cas contraire, la déclaration de culpabilité ne saurait être maintenue" : *Woods*, par. 8.

**77** Le juge Fish rappelle les deux manières d'obtenir des échantillons d'haleine : suivant un ordre conforme à la disposition du *Code criminel* ou s'il est fourni volontairement. Il était admis que l'échantillon n'avait pas été fourni volontairement : *Woods*, par. 9 et 27.

**78** On retient de cet arrêt que le paragraphe 254(2) *C.cr.* impose une double exigence d'immédiateté, l'une implicite et l'autre explicite. Au par. 14 de l'arrêt, le juge Fish écrit :

... This immediacy requirement is implicit as regards the police demand for a breath sample, and explicit as to the mandatory response : the driver must provide a breath sample "forthwith".

**79** Il rappelle que le mécanisme mis en place par le paragraphe 254(2) *C.cr.* permet la détection des conducteurs ayant consommé de l'alcool en violation des droits garantis par la *Charte*. Sans l'exigence d'immédiateté, la disposition serait inconstitutionnelle : *Woods*, par. 15 et 29. Le juge Fish l'écrit clairement à ce dernier paragraphe :

The "forthwith" requirement of s. 254(2) of the *Criminal Code* is inextricably linked to its constitutional integrity. It addresses the issues of unreasonable search and seizure, arbitrary detention and the infringement of the right to counsel, notwithstanding ss. 8, 9 and 10 of the *Charter*. In interpreting the "forthwith" requirement, this Court must bear in mind not only Parliament's choice of language, but also Parliament's intention to strike a balance in the Code between the public interest in eradicating driver impairment and the need to safeguard individual *Charter* rights.

**80** Pour le juge Fish, aux par. 43 et 44, le délai ne sera justifié que dans des circonstances inhabituelles, citant en appui l'arrêt *Bernshaw* :

It is true, as I mentioned earlier, that "forthwith", in the context of s. 254(2) of the *Criminal Code*, may in unusual circumstances be given a more flexible interpretation than its ordinary meaning strictly suggests. For example, a brief and unavoidable delay of 15 minutes can thus be justified when this is in accordance with the exigencies of the use of the equipment : see *Bernshaw*.

The "forthwith" requirement in s. 254(2) appears to me, however, to connote a prompt demand by the peace officer, and an immediate response by the person to whom that demand is addressed. To accept as compliance "forthwith" the furnishing of a breath sample more than an hour after being arrested *for having failed to comply* is in my view a semantic stretch beyond literal bounds and constitutional limits.

**81** La référence à l'arrêt *Bernshaw* me convainc que le juge Fish n'entendait pas élargir la possibilité d'une période d'attente au-delà de ce qui est nécessaire pour l'administration d'un test fiable si le policier sait que les circonstances l'obligent à patienter pour l'obtenir. Il est clair également que le conducteur doit répondre immédiatement et la consultation de l'avocat ne peut pas justifier une attente prolongée avant de répondre ni légitimer l'ordre qui serait donné après la consultation juridique.

**82** Qui plus est, la référence du juge Fish à l'arrêt *R. v. Cote* ([1992](#), [70 C.C.C. \(3d\) 280](#) (C.A.O.) pour illustrer son raisonnement, est tout aussi convaincante à cet égard. Cette affaire mettait en cause un délai de moins de dix minutes parce que les policiers, n'ayant pas d'appareil avec eux, ont dû conduire le suspect au poste de police pour faire passer le test de dépistage. Le juge Fish reprend le passage suivant de la juge Arbour et il souligne :

If the accused must be taken to a detachment, where contact with counsel could more easily be accommodated than at the side of the road, a large component of the rationale in *Thomsen* disappears. In other words, if the police officer is not in a position to require that a breath sample be provided by the accused before any realistic opportunity to consult counsel, then the officer's demand is not a demand made under s. 238(2). The issue is thus not strictly one of computing the number of minutes that fall within or without the scope of the word "forthwith". Here, the officer was ready to collect the breath sample in less than half the time it took in *Grant*. However, in view of the circumstances, particularly the wait at the police detachment, I conclude that the demand was not made within s. 238(2). As the demand did not comply with s. 238(2), the appellant was not required to comply with the demand and his refusal to do so did not constitute an offence. [Emphasis added; p. 285.]

[Je souligne.]

**83** L'affirmation se veut illustrative de l'absurdité de la situation qui s'est développée dans cette affaire. En amenant Cote au poste, les policiers écartaient une des considérations qui empêche un conducteur d'avoir accès à un avocat, ce qui est plutôt incongru et élimine un des fondements voulant que la demande soit faite immédiatement.

**84** En somme, je retiens de la jurisprudence de la Cour suprême que, malgré les occasions, cette dernière a refusé d'accorder au mot immédiatement une durée supérieure à ce qui est nécessaire pour obtenir un test fiable si les faits indiquent au policier qu'il doit attendre afin d'éviter une mauvaise lecture de l'ADA. Cette interprétation est justifiée parce qu'elle repose sur le libellé même du paragraphe 254(2) *C.cr.* Je note au passage que ce délai peut parfois être plus long, comme dans l'arrêt *R. v. Anderson*, [2014 SKCA 32](#) où, semble-t-il, un délai de 16 minutes était raisonnable pour que l'ADA se "réchauffe" et devienne opérationnel.

**85** La Cour suprême a rejeté l'idée qu'un autre type de délai d'attente soit acceptable comme un délai théorique de 15 minutes ou un bref délai pour mettre la personne interpellée en présence de l'ADA. Je suis d'accord avec cet aspect de l'arrêt *R. c. George* : par. 47-50.

**86** La conséquence de la non-observance des exigences du paragraphe souffre également d'une certaine ambiguïté. Par exemple, constatant l'illégalité de l'ordre et le fait que le résultat de l'ADA était l'unique élément qui composait les motifs raisonnables de sommer l'accusé à un test d'éthylomètre, le juge Fish dans l'arrêt *Woods* conclut à l'inadmissibilité des résultats, et comme l'avait fait avant lui la Cour d'appel du Manitoba, sans mentionner le paragraphe 24(2) de la *Charte*. Ceci contraste avec la démarche du juge Sopinka dans *Dewald*, dont j'ai fait mention plus avant. Dans cette affaire, malgré un délai dans l'administration du test de dépistage, tant la Cour d'appel que la Cour suprême avaient jugé, en application du par. 24(2) de la *Charte*, que la violation était inoffensive et de bonne foi. Elles avaient admis la preuve du résultat de l'alcootest.

**87** Toutefois, dans la présente affaire, si l'ordre est jugé non conforme, l'intimé n'avait aucune obligation d'obtempérer et partant, aucune preuve n'a été recueillie : *Grant*, p. 150. L'acquiescement s'ensuit.

### **Les cours d'appel**

**88** Les tribunaux sont toujours aux prises avec des difficultés dans l'application de cette disposition. Peut-on ou ne peut-on pas attendre "un peu" avant de faire passer l'ADA?

**89** L'arrêt *R. c. George*, [\(2004\) 187 C.C.C. \(3d\) 289](#) (C.A.O.), sur lequel se fonde en partie le juge d'appel de la



Cour supérieure, est rendu avant l'arrêt *Woods*, mais ce dernier, dont l'affaire est entendue un an après l'arrêt *George*, n'en fait pas mention.

**90** Les faits qui sous-tendent l'arrêt *George* sont similaires, mais non identiques, à la présente affaire. Au petit matin, l'interception de l'automobile conduite par George amène le policier à lui ordonner de se soumettre au test de dépistage. Comme le policier ne l'avait pas avec lui, il a fallu 16 minutes pour recevoir l'appareil et deux de plus pour l'administration du test. Avant le test en question, le policier note d'autres symptômes reliés à l'intoxication par l'alcool. Après l'échec à l'ADA, les résultats de l'éthylomètre révèlent un taux d'alcool dans le sang supérieur à la limite légale.

**91** George avait un cellulaire, il connaissait le numéro de son avocat, il était coopératif et était libre de ses mouvements dans l'attente de l'appareil. Le policier ne l'a pas informé de son droit constitutionnel, mais il a témoigné que si George avait demandé de communiquer avec son avocat, il lui aurait permis.

**92** Le juge du procès a conclu à une violation de l'alinéa 10b) de la *Charte* et il a ensuite exclu la preuve. Le juge d'appel en matière sommaire a rejeté l'appel parce que la preuve démontrait une réelle possibilité de consulter un avocat pendant l'attente. La Cour d'appel rejette l'appel. Elle rappelle ses arrêts *Cote* et *Latour*, [\[1997\] O.J. No. 2445](#), pour conclure que "where an officer is not in a position to require that a breath sample be provided by the detainee before there is any realistic opportunity to consult counsel, the officer's demand is not a demand made under s. 254(2)" : par. 51.

**93** L'arrêt *George* ajoute cependant que si l'ordre n'est pas conforme, notamment lorsque le policier n'a pas l'appareil en sa possession, la présence d'un téléphone devient un élément pertinent pour déterminer si la consultation d'un avocat est réaliste : par. 55. Il distingue alors le court arrêt *R. v. Sadlon* [\[1992\] O.J. No. 912](#) où elle avait sommairement rejeté l'appel, précisant que la présence d'un téléphone n'était pas pertinente lorsque l'ordre donné satisfait les exigences du par. 254(2) *C.cr.* : par. 53-54. La Cour répète ce qu'elle avait dit dans l'arrêt *Cote*, que la possibilité d'exercer le droit à l'avocat avant l'administration du test de dépistage sape en grande partie le raisonnement qui en justifie la suspension à ce moment, comme l'avait décidé l'arrêt *Thomsen*.

**94** La logique de l'arrêt *George* a été appliquée dans *R. v. Najm* [\(2006\), 142 C.R.R. \(2d\) 189](#) (C.A.O.), affaire dans laquelle s'écoule un délai de six minutes avant que l'ADA arrive sur les lieux. La situation, comme en l'espèce, avait reçu une réponse différente du juge du procès, puis du juge d'appel de la Cour supérieure. La Cour d'appel rétablit l'acquiescement bien que "the trial judge's finding may have been generous in favour of the appellant", mais le juge de la Cour supérieure "was not entitled to, in effect, retry the case" en l'absence d'erreur.

**95** La Cour d'appel de l'Ontario, à mon avis, franchi un pas dans l'arrêt *R. v. Quansah*, [2012 ONCA 123](#). Dans cette affaire, après l'interception de Quansah à 3 h 05, le policier lui ordonne de sortir de son automobile et il le menotte. Le policier constate que Quansah manque d'équilibre, son haleine dégage une odeur d'alcool, ses yeux rouges et vitreux et il a un regard hagard ou perdu ("*unfocussed*"). Il acquiert des soupçons raisonnables à ce moment. Toutefois, jusqu'à 3 h 17, il le fouille sommairement, interroge Quansah sur sa consommation, et puisqu'il lui dit qu'une autre personne est dans sa voiture, le policier vérifie. Puis les deux se déplacent vers la seconde voiture patrouille qui est arrivée sur les lieux. À 3 h 17, l'ordre est donné.

**96** Le premier juge avait décidé que le terme "*forthwith*" signifiait "dans un délai raisonnable. Le juge d'appel de la Cour supérieure en matière sommaire, s'appuyant sur *Woods*, conclut plutôt que "*forthwith*" voulait dire "immédiatement" : par. 11-12.

**97** La Cour d'appel propose en définitive d'élargir la notion d'immédiateté et d'y lire une flexibilité qui permet un délai variable selon les circonstances. En outre, la Cour retient que la disposition n'exige pas que le policier donne immédiatement l'ordre, mais que cette obligation n'incombe qu'à la personne qui la reçoit : par. 25. Selon la Cour, l'arrêt *Woods* détermine que des circonstances inhabituelles peuvent étendre le délai avant d'intimer l'ordre au conducteur, le rendre plus flexible : par. 26. Selon la Cour, *Bernshaw* accepte qu'un délai de 15 minutes soit acceptable pour obtenir un échantillon fiable, ce qui serait l'équivalent d'un court délai raisonnable pour permettre

au policier de faire son travail requis par le paragraphe 254(2) *C.cr.*, par exemple pour la manipulation de l'appareil : par. 31, 32, citant *Woods* au par. 43. L'interaction de 12 minutes entre Quansah et le policier, après que ce dernier ait acquis les soupçons nécessaires, mais avant de lui donner l'ordre, fait partie du délai inhérent, pourrait-on dire, de la mise en oeuvre de la disposition. Je note qu'à la lecture de l'arrêt *Quansah*, le lecteur ignore si l'ADA était ou non en possession du policier, sur les lieux de l'intervention, au moment il donne l'ordre.

**98** Dans l'arrêt *Quansah*, la Cour est donc revenue sur cette idée de "l'opportunité réaliste de consulter un avocat". À mon avis, la Cour explique que cette "opportunité réaliste de consulter un avocat" ne se veut que l'illustration d'un délai manifestement trop long, mais ce n'est pas l'unique élément qui distingue l'ordre légal de l'ordre illégal : par. 34-35. Plus précisément, ce n'est pas parce que cette opportunité n'a jamais vu le jour que le délai est acceptable : par. 42. Je doute cependant que la Cour ait voulu faire renaître un droit à l'assistance de l'avocat qui a été suspendu par la Cour suprême, allant ainsi, il me semble, à l'encontre du *stare decisis* vertical.

**99** Elle termine en formulant cinq propositions à propos de l'immédiateté : 1) l'immédiateté s'interprète dans un contexte où le législateur tente de trouver un équilibre entre la répression du crime et les droits constitutionnels; 2) le délai commence au moment où le policier acquiert les soupçons visés à 254(2)*C.cr.*; 3) le temps nécessaire entre le moment où le policier acquiert les soupçons pour donner l'ordre et la réponse ne doit pas être plus que ce qui est nécessaire pour permettre au policier d'accomplir ses fonctions; 4) il faut prendre en compte toutes les circonstances y compris le délai pour faire apporter l'appareil qui n'est pas en possession du policier qui fait la demande, le délai nécessaire pour obtenir un résultat fiable ou celui exigé par des questions de sécurité et 5) s'il est possible pour la personne détenue d'exercer son droit en raison du délai, l'ordre ne satisfait pas l'immédiateté. Avec égards, je ne partage pas toutes ces propositions.

**100** Je suis d'accord avec la première proposition qui reprend essentiellement ce qu'avait dit la Cour suprême. Comme j'ai tenté de le démontrer, je crois que l'équilibre est strictement encadré par un délai précis et bien identifié par les différents jugements de la Cour suprême.

**101** Je suis également d'accord avec la seconde proposition, voulant que le délai de donner l'ordre promptement débute au moment où les soupçons sont acquis. Cela découle du libellé du paragraphe 254(2) *C.cr.* Il n'y a rien de surprenant à ce que le policier ne donne pas l'ordre s'il n'a pas acquis les soupçons requis. À partir de ce moment par contre, l'arrêt *Woods* exige que l'ordre soit donné. Le cas échéant, le policier peut expliquer le délai à obtenir les soupçons requis ou les circonstances peuvent offrir d'elles-mêmes cette explication. Le policier ne peut cependant étirer ce délai, et avec lui la période de violation d'un droit constitutionnel, en appliquant une norme excessivement élevée à cet égard : par analogie, voir *R. c. Feeney*, [\[1997\] 2 R.C.S. 13](#), par. 34.

**102** Quant à la troisième proposition, sa formulation est trop large. Permettre au policier d'attendre au-delà de ce qui est nécessaire pour manipuler l'appareil, donner les explications ou obtenir un échantillon fiable serait de réintroduire la latitude de donner l'ordre "dans les meilleurs délais" ou "*as soon as practicable*", une interprétation rejetée par la juge Arbour dans l'arrêt *Dewald*, opinion confirmée par la Cour suprême.

**103** Un raisonnement similaire a été retenu par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Petit*, [2005 QCCA 687](#), prononcé dans les suites des arrêts *Orbanski* et *Woods*. Au par. 19 de l'arrêt *Petit*, la Cour exprime que :

[19] Même en retenant pour fins de discussion que la détention ait pu débiter lorsque le policier Sauriol a appelé pour demander un ADA, elle serait de moins d'une dizaine de minutes. En effet, si les policiers arrivent vers 2h41, la preuve révèle qu'ils s'affairent d'abord à vérifier s'il y a des blessés et à sécuriser les lieux, puis à identifier les conducteurs et témoins et à reconstituer les événements, en posant diverses questions. Cela requiert certes quelques minutes et ce n'est qu'après qu'un ADA a été demandé. La détention serait donc de moins de 10 minutes puisque l'appareil est arrivé à 2h54. Un tel délai ne constituerait pas en l'instance une atteinte inacceptable aux droits de l'appelant considérant que la Cour suprême a statué qu'un délai court et inévitable de 15 minutes peut se justifier.

**104** Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Moussavi*, [2016 ONCA 924](#), la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'argument

qu'une attente de 11 minutes entre la formation des soupçons et l'ordre de se soumettre à un ADA soit déraisonnable. Le policier qui arrivait sur les lieux d'un grave accident automobile où de nombreux débris jonchaient la route aurait eu à se préoccuper de la sécurité des lieux et de la circulation. Il n'est pas clair quelles actions ont été posées par le policier pour s'occuper de la sécurité des lieux ni comment, en 11 minutes, il est parvenu à faire quelque chose à ce propos. Rien n'est dit sur l'ADA et on doit comprendre que l'appareil était en possession du policier. En somme, il faut comprendre que le policier a donné l'ordre "dans les meilleurs délais", une interprétation rejetée, à mon avis par la Cour suprême.

**105** Enfin, avec égards, je ne crois pas que les quatrième et cinquième propositions de l'arrêt *Quansah* soient conformes aux exigences du paragraphe 254(2) *C.cr.* sauf en ce qui touche les délais liés à la préparation de l'appareil et celui nécessaire pour assurer la fiabilité du test.

**106** Ainsi, l'équilibre entre la mise en oeuvre de cette méthode de détection et la suspension des droits constitutionnels est rompu si le délai résulte de l'incapacité de l'État de permettre au conducteur à qui l'ordre est donné de répondre immédiatement.

**107** Permettre que l'ordre soit différé jusqu'à ce qu'il soit pratique ou possible de faire passer le test heurte de plein fouet, il me semble, les principes établis par la Cour suprême. Même si je le souhaitais, comme l'indique ma note liminaire, je ne peux pas refuser d'appliquer les arrêts de la Cour suprême : *R. c. Comeau*, [2018 CSC 15](#), par. 26; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [\[2013\] 3 R.C.S. 1101](#), par. 38.

**108** Les conditions ou les changements pour le faire sont peut-être réunis, qu'on les qualifie "d'exceptions extraordinaires", comme le suggère l'arrêt *Comeau*, au par. 26 ou d'une évolution importante du droit, d'une modification de la situation ou encore d'une preuve qui change radicalement le contexte, comme le suggère les arrêts *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [\[2013\] 3 R.C.S. 1101](#), aux par. 42, 44 et *Carter c. Canada (Procureur général)*, [\[2015\] 1 R.C.S. 331](#), au par. 44. Il appartient toutefois aux parties de soulever ces changements et, le cas échéant, d'administrer une preuve. Par exemple, on note des changements factuels depuis l'arrêt *Thomsen*, changements qui indiquent que le crime de conduite avec facultés affaiblies rapporté aux policiers est à son niveau le plus bas depuis 1986 : *R. c. Lopez*, 2017 QCCS 1941 citant Samuel PERREAULT, "La conduite avec facultés affaiblies au Canada, 2015", (2016) Juristat, vol. 36, no 1, produit no 85-002-X au catalogue de Statistique Canada. Cela démontre sans doute qu'il y a place à la discussion, bien que je ne veuille nullement, à ce stade, insinuer que ce changement est suffisant pour revoir les fondements de la suspension du droit constitutionnel en cause.

**109** Quoi qu'il en soit, on ne peut non plus ignorer que le libellé du délai autorisé, soit "immédiatement", n'a jamais été modifié, malgré les nombreuses occasions qu'a eues le législateur, comme en témoignent les modifications exposées plus avant.

**110** Autoriser un délai pour que l'appareil soit apporté sur les lieux ne permet pas non plus de déterminer à partir de quel moment l'ordre n'est plus conforme et ne respecte plus le caractère d'immédiateté; est-ce 2 minutes, 5 ou 10, pourquoi pas 30 secondes de plus ou même 11 minutes? Est-ce que plus de 15 minutes sont acceptables? Existe-t-il un délai maximum? Pourquoi? Conceptuellement, quelle différence y a-t-il entre les 30 minutes refusées dans l'arrêt *Grant*, le délai de 15 minutes refusé dans l'arrêt *Bernshaw* et le 10 minutes de l'arrêt *Petit*? Toutes ces questions ne trouvent aucune réponse suffisamment rationnelle pour se rattacher au texte de loi qui suspend le droit constitutionnel en cause.

**111** Je partage l'avis du juge Cory, au par. 35 de l'arrêt *Bernshaw*, qui préconisait un critère uniforme pour l'interprétation du terme "immédiatement".

**112** Quelques mots sur la question de l'opportunité de consulter un avocat. J'estime qu'il s'agit d'un faux problème, car le droit est suspendu dans l'enquête précédent l'ordre visé au paragraphe 254(2) *C.cr.* de même que pour les fins du test de l'ADA. Par ailleurs, offrir la possibilité de consulter un avocat dans l'intervalle, si délai il y a, serait non seulement difficile d'application, mais cela ne servirait rien, comme l'illustre l'arrêt *Woods*.

**113** Sur les difficultés d'application, il me semble que permettre la mise en oeuvre de la consultation d'un avocat, comme le propose l'intimé, est effectivement hautement problématique. Je trouve particulièrement intéressants les propos de l'appelante dans son exposé, au par. 91 :

[91] En plus des inconvénients énoncés dans cette décision, on peut se demander ce qui serait arrivé si l'intimé n'avait pas d'avocat, les policiers devraient-ils désormais avoir un bottin du barreau dans leur véhicule de patrouille pour parer à cette éventualité ? Que serait-il arrivé si l'intimé n'avait pu rejoindre un avocat ou encore, dans le cas où l'intimé laisse un message dans la boîte vocale, combien de temps le policier devrait attendre ? Dans le cas où il n'y a pas de retour d'appel, le policier a-t-il l'obligation de référer l'intimé au service gratuit d'avocat de garde ? Qu'en est-il des situations où la couverture réseau est inexistante ? Les personnes détenues en zone urbaine seraient-elles pourvues de plus de droits qu'une personne interceptée en zone rurale ? Est-ce que cela ne devient pas incompatible avec l'objectif visé par le législateur, soit l'introduction d'une procédure simple de dépistage n'engendrant aucune sanction pénale ? On peut aisément conclure qu'une intervention en bordure de la route ne comporte pas les mêmes commodités qu'offre un poste de police dans l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat.

**114** On peut y ajouter qu'une fois la consultation commencée, le policier peut-il l'interrompre? Combien de temps autorise-t-on? Laisse-t-on l'exercice du droit constitutionnel aux mieux nantis qui sont munis d'un téléphone cellulaire ou au conducteur qui a eu la bonne idée de charger sa pile? L'État serait-il dans l'obligation d'offrir les moyens pour le faire?

**115** En optant de permettre la consultation de l'avocat si un délai se présente, il serait étonnant que l'État n'ait pas, du même souffle, l'obligation d'en faciliter la mise en oeuvre : *R. c. Brydges*, [\[1990\] 1 R.C.S. 190](#); *R. c. Sinclair*, [\[2010\] 2 R.C.S. 310](#). L'arrêt *George*, semble le suggérer : *R. v. George* (2004), [187 C.C.C. \(3d\) 289](#), par. 42 (C.A.O.). Ou alors, l'État devra-t-il renoncer aux bénéfices de cette méthode d'enquête s'il est incapable de fournir l'opportunité de consulter un avocat? Voir à ce sujet, par analogie, l'arrêt *R. c. Prosper*, [\[1994\] 3 R.C.S. 236](#), 266.

**116** Je suis d'accord avec le raisonnement dans l'arrêt *R. v. Tornsey*, [2007 ONCA 67](#), référant à *R. v. Latour* (1997), [34 O.R. \(3d\) 150](#) (C.A.O.), lorsque la Cour indique que ce n'est pas tout de pouvoir appeler un avocat pendant le délai, mais il faut pouvoir recevoir son assistance. Elle évalue que les quelques minutes écoulées dans cette affaire auraient peut-être permis au conducteur d'appeler son avocat, mais pas de le consulter. L'arrêt ne répond cependant pas à la question fondamentale qui est de déterminer à partir de quand l'opportunité peut "commencer".

**117** Il y a plus. Comme je l'ai mentionné, permettre la consultation avec l'avocat ne servirait à rien. Sur le plan logique, la consultation d'un avocat viendrait-elle valider un ordre qui autrement, serait illégal? L'avocat ne pourrait alors que dire à son client : "vous n'auriez pas dû m'appeler!" : un piège constitutionnel?

**118** Plus fondamentalement, l'arrêt *Woods* illustre bien que la consultation avec un avocat ne crée pas un nouveau départ. Ainsi, la "consultation" de l'avocat n'affecte pas l'illégalité de l'ordre puisque c'est le délai lui-même qui crée l'illégalité et le conducteur n'a pas à se soumettre à un ordre qui survient tardivement.

**119** Bref, je rejette l'idée que la suspension du droit à l'avocat cesse en raison des circonstances ou que permettre de le consulter puisse accorder à l'État tout le délai qu'il souhaite pour faire souffler le conducteur dans l'ADA.

**120** Je n'ai aucune difficulté à conclure que le caractère d'immédiateté n'est pas respecté si le délai résulte de l'incapacité de l'État de permettre au conducteur à qui l'ordre est donné de répondre immédiatement.

**121** L'intimé craint ici un élargissement indu des obligations constitutionnelles du policier lorsqu'il doit attendre un ADA. Dans l'arrêt *R. c. Petit*, notre Cour avait écrit :

[21] J'ajoute que selon l'interprétation proposée par le juge municipal, il faudrait que toutes les voitures de police soient munies d'un appareil de détection pour qu'un test de dépistage au moyen d'un ADA puisse être fait légalement. De plus, si l'appareil se trouvant dans le véhicule s'avérait défectueux ou une pièce manquante, le conducteur ne pourrait être légalement soumis à un test de dépistage puisqu'il faudrait attendre l'arrivée d'un autre appareil. Une telle interprétation m'apparaît déraisonnable. En pareils cas, les policiers devraient s'en remettre, sur le bord de la route, à des techniques de détection que l'on pourrait considérer plus ennuyeuses pour le conducteur qu'un test de dépistage au moyen d'un ADA, soit la pose de questions au conducteur sur sa consommation d'alcool et l'ordre de se soumettre à des tests de sobriété physique, des techniques reconnues valides même si utilisées sans possibilité de communiquer d'abord avec un avocat (*R. c. Orbanski*, précité).

**122** Cet argument semble soulever une justification fondée sur une commodité administrative. Il s'agit d'une considération utilitaire qui rendrait les droits constitutionnels, comme l'écrit la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Singh*, "certainement illusoires s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative" : *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 218; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, par. 22.

**123** Il est aussi possible de répondre à cet argument en reprenant les faits en cause. Lorsqu'il reçoit l'appel, le policier sait deux choses : 1) il intercepterait un véhicule pour vérifier la capacité de conduire du conducteur et 2) il n'avait pas d'ADA avec lui. Il pouvait, dès lors, demander à ce qu'un appareil lui soit apporté urgemment, avant même l'interception.

**124** En somme, pour les motifs exposés ci-devant, je suis d'avis que l'absence d'un ordre prompt dès que les soupçons sont acquis et l'absence de la possibilité d'y répondre immédiatement ne fait pas revivre le droit à l'avocat. Ce droit demeure suspendu jusqu'à la fin de l'enquête prévue au paragraphe 254(2) *C.cr.*

**125** Je suis cependant d'avis que l'ordre est ici non conforme et par conséquent, il n'était pas générateur d'obligations de la part du conducteur.

**126** Cela, toutefois, ne règle pas encore le sort de l'appel.

### **Le stare decisis**

**127** Dans l'arrêt *Petit*, notre Cour a conclu qu'un court délai d'attente avant l'arrivée de l'ADA sur les lieux était acceptable. D'autres Cours d'appel ont également opté pour cette solution : *R. v. Ritchie*, 2004 SKCA 9; *R. v. Janzen*, 2006 SKCA 111; *R. v. Higgins* (1994), 88 C.C.C. (3d) 232 (C.A.A.). L'arrêt *Petit* n'en dit pas plus sinon que le délai pourrait aller jusqu'à 15 minutes. Je suis d'avis que la question de droit qui occupe ce pourvoi a été tranchée par la Cour dans l'arrêt *Petit*. J'ai écrit longuement pour expliquer mon désaccord avec cette décision.

**128** J'estime cependant qu'il ne m'appartient pas, ni à une formation de trois juges, de réviser une décision de la Cour rendue par une autre formation de trois juges. Comme d'autres cours d'appel, l'intervention doit venir d'une formation, d'au moins cinq juges, qui se prononce alors sur la question de droit dûment identifiée : *R. v. Neves*, 2005 MBCA 112, par. 60; *R. v. Larouche*, 2014 CMAc 6, par. 120; *R. v. Arcand* 2010 ABCA 363, par. 184-207; *R. v. White* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1, 7 (C.A.O.); *R. c. Untinen*, 2017 BCCA 320, par. 7 et jurisprudence citée.

**129** Je suis conscient des difficultés que présentent la règle du *stare decisis* horizontal en général, et particulièrement en matière criminelle : *R. c. Gashikanyi*, 2017 ABCA 194; Debra PARKES, Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada (2007), 32 *Man. L.J.* 135, 162. La Cour, siégeant à cinq juges, interviendra lorsqu'elle estime que la décision antérieure a été rendue *per incuriam*, c'est-à-dire "par négligence", qu'elle est clairement erronée, pour résoudre un conflit existant dans sa jurisprudence, pour reconnaître qu'une décision a été implicitement infirmée par une décision d'une instance supérieure ou encore, selon certains, lorsque la liberté d'un individu est en jeu : *R. v. Spencer*, [1985] 1 All E.R. 673 (C.A.) cité dans Debra PARKES, *Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada*, (2007) 32 *Man. L.J.* 135-162.

**130** Qui plus est, la Cour ne le fera pas de façon routinière. Dans l'arrêt *R. c. Bois*, [2011 QCCA 2163](#) où on lui demandait de définir le terme "condamné" employé à l'art. 7.2(a)(i) de la *Loi sur le casier judiciaire*, [L.R.C. 1985, c. C-47](#), la Cour souligne que la question avait été tranchée dans l'arrêt *R. c. Poupart*, [2010 QCCA 1956](#), et écrit :

10 La Cour ne s'écartera de ses précédents qu'en présence de circonstances impérieuses. Cette règle générale s'applique d'autant plus qu'en l'espèce, il n'y a aucun fait ou règle de droit qui permet de distinguer les deux affaires. Il s'agit là d'un principe d'ordre public qui permet la prévisibilité des décisions et la certitude du droit. Les justiciables et les avocats qui les avisent doivent être en mesure de conduire leur affaire avec une certaine assurance quant à l'état du droit.

**131** Je constate qu'une jurisprudence récente, à l'extérieur du Québec, en est venue à une conclusion similaire à celle de l'arrêt *Petit*, à savoir que le paragraphe 254(2) du *Code criminel* autorise un délai, pour le moment indéfini, avant qu'il soit possible au conducteur de s'exécuter. Je constate également que l'arrêt *Petit* s'appuie sur les arrêts pertinents de la Cour suprême et que notre Cour n'a rendu aucune autre décision sur ce point. Même si j'estime que l'arrêt *Petit* tire des conclusions incorrectes des décisions de la Cour suprême, il ne peut pas être qualifié de décision rendue *per incuriam*. Que la permission d'appel à la Cour suprême ait été refusée ne lui ajoute cependant rien : *R. c. Meston* ([1975](#)), [28 C.C.C. \(2d\) 497](#), 505 (C.A.O.); *R. c. Lopez*, [2017 QCCS 1941](#), par. 161-162, citant les arrêts *Des Champs c. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott--Russell*, [\[1999\] 3 R.C.S. 281](#), par. 31 et *R. c. Côté*, [\[1978\] 1 R.C.S. 8](#), 16.

**132** Tout ceci indique peut-être qu'un débat pourrait permettre de revoir l'arrêt *Petit*. En conclusion, bien que je ne sois pas d'accord avec la décision de notre Cour dans cet arrêt, il y a lieu de l'appliquer aux faits de l'espèce.

**133** Ainsi, le court délai en l'espèce n'a pas affecté la légalité de l'ordre et le droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat de l'intimé était suspendu. Je propose donc d'accueillir l'appel, de casser la décision du juge d'appel et de rétablir le jugement de première instance.

L'HONORABLE MARTIN VAUCLAIR, J.C.A.