

Charles Stanley Sullivan

(██████████ Major, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

Her Majesty the Queen

*Respondent*.

INDEXED AS: R v. SULLIVAN

File No.: CMAC 309

Heard: Ottawa, Ontario, 14 December, 1989

Judgment: Ottawa, Ontario, 14 December, 1989

Present: Hugessen, Desjardins and Iacobucci J.J.A.

On appeal from a conviction by a Standing Court Martial held at Headquarters, Canadian Forces Europe, on 25 and 26 May, 1988.

*Criminal Code, sections 253(b) and 254(3) — Physical sobriety tests amounting to detention — Accused not informed of right to retain and instruct counsel until breathalyzer demand made under section 254(3) — Delay justified under section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

The appellant appealed his conviction of having had the care and control of a motor vehicle after having consumed alcohol in such quantity that the concentration in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

The accused had been asked by the police to perform certain physical sobriety tests. As a result of these tests, the police made a demand under subsection 254(3) of the *Criminal Code*, and thereupon informed the accused of his right to retain and instruct counsel.

The only serious ground of appeal was the alleged delay in informing the accused of his rights to counsel under paragraph 10(b) of the *Charter*.

*Held*: Appeal dismissed.

The police officer's request to the accused to perform physical sobriety tests amounted in law to a "detention" within the meaning of section 10 of the *Charter*. However, the delay in informing the appellant of his right to counsel was justified under section 1 since the "detention" was brief and necessary

Charles Stanley Sullivan

(██████████ Major, Forces canadiennes) *Appelant*,

a c.

Sa Majesté la Reine

*Intimée*.

b

RÉPERTORIÉ : R. c. SULLIVAN

N<sup>o</sup> du greffe : CACM 309

c

Audience : Ottawa (Ontario), le 14 décembre 1989

Jugement : Ottawa (Ontario), le 14 décembre 1989

d

Devant : les juges Hugessen, Desjardins et Iacobucci, J.C.A.

En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale permanente siégeant au quartier général des Forces canadiennes Europe, les 25 et 26 mai 1988.

*Code criminel, alinéa 253b) et paragraphe 254(3) — Tests physiques de sobriété équivalant à la détention — L'accusé n'a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat qu'au moment où on lui a demandé de subir l'alcootest en vertu du paragraphe 254(3) — Le retard est justifié en vertu de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés.*

L'accusé interjette appel de sa déclaration de culpabilité pour avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur après avoir consommé une quantité d'alcool telle que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

La police a demandé à l'accusé d'exécuter certains tests physiques de sobriété. À la suite de ces tests, la police a donné à l'accusé l'ordre prévu au paragraphe 254(3) du *Code criminel* et l'a avisé de son droit à l'assistance d'un avocat.

Le seul motif d'appel sérieux était le retard allégué à informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'alinéa 10b) de la *Charte*.

*Arrêt* : L'appel est rejeté.

La demande du policier à l'accusé d'exécuter des tests physiques de sobriété équivalait en droit à la «détention» au sens de l'article 10 de la *Charte*. Toutefois, le retard à informer l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat était justifié en vertu de l'article premier puisque la «détention» avait été

to enable the police officer to investigate the possible commission of a criminal offence.

brève et nécessaire pour permettre au policier d'enquêter sur la perpétration possible d'une infraction criminelle.

COUNSEL:

*Tory Colvin*, for the appellant  
*Lieutenant-Colonel R.A. McDonald*, CD, for the respondent

AVOCATS:

*Tory Colvin*, pour l'appelant  
*Lieutenant-colonel R.A. McDonald*, DC, pour l'intimée

STATUTES CITED:

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B of the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, ss. 1, 10(b)  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(b) (as am. c. 27 (1<sup>st</sup> Supp.), s. 36), 254(3) (as am. c. 27 (1<sup>st</sup> Supp.), s. 36; c. 1 (4<sup>th</sup> Supp.), s. 18(F))

LOIS CITÉES :

*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, chap. 11, art 1, 10b)  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 253b) (mod. par chap. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 36), 254(3) (mod. par chap. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 36; chap. 1 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 18(F))

CASES CITED:

*R. v. Bonin* (1988), 47 C.C.C. (3d) 230 (B.C.C.A.)  
*R. v. Bonogofski* (1987), 39 C.C.C. (3d) 457 (B.C.C.A.)  
*R. v. Dedman*, [1985] 2 S.C.R. 2  
*R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621  
*R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532 (Ont. C.A.)  
*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613  
*R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640

JURISPRUDENCE CITÉE :

*R. v. Bonin* (1988), 47 C.C.C. (3d) 230 (C.A.C.-B.)  
*R. v. Bonogofski* (1987), 39 C.C.C. (3d) 457 (C.A.C.-B.)  
*R. c. Dedman*, [1985] 2 R.C.S. 2  
*R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621  
*R. v. Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Ont.)  
*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613  
*R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640

*The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

HUGESSEN J.A.: The accused appeals his conviction by Standing Court Martial of having had the care and control of a motor vehicle having consumed alcohol in such quantity that the concentration in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood (*Criminal Code*, paragraph 253(b)).

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A. : L'accusé interjette appel de sa déclaration de culpabilité par une Cour martiale permanente pour avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur après avoir consommé une quantité d'alcool telle que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang (*Code criminel*, alinéa 253b)).

The only serious point raised by appellant's counsel, and the only one on which we required respondent to reply, was the alleged delay in informing the accused of his right to counsel under paragraph 10(b)

Le seul point sérieux soulevé par l'avocat de l'appelant, et le seul auquel nous avons demandé à l'intimé de répondre, portait sur le présumé retard à informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un

of the *Charter*.<sup>1</sup> The accused was observed sleeping in the driver's seat of a parked motor vehicle at 4:30 a.m. The officer approached, asked for identification, and observed an odour of alcohol. He was told by the accused that he had spent the evening in the officers' mess, a few blocks away. He asked the accused to get out of the car and to perform certain simple physical sobriety tests (standing on one leg, touching the nose with a finger, etc.). At 4:38 a.m., the officer formed the opinion that there were reasonable and probable grounds to make a demand under subsection 254(3) of the *Criminal Code*,<sup>2</sup> and thereupon informed the accused of his right to retain and instruct counsel prior to taking him to the place where the breathalyzer was located. It is clear on the evidence that the results of the physical sobriety tests were critical to the formation of the officer's opinion that he should make a breathalyzer demand.

Appellant's counsel relies heavily on the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Bonogofski*.<sup>3</sup> In our view, he is right to do so for the essential

<sup>1</sup> 10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

<sup>2</sup> 254. . . .

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

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

(b) where the peace officer has reasonable and probable grounds to believe that, by reason of any physical condition of the person,

(i) the person may be incapable of providing a sample of his breath, or

(ii) it would be impracticable to obtain a sample of the person's breath

such samples of the person's blood, under the conditions referred to in subsection (4), as in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples

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

<sup>3</sup> *R. v. Bonogofski* (1987), 39 C.C.C. (3d) 457.

avocat aux termes de l'alinéa 10b) de la *Charte*.<sup>1</sup> L'accusé a été trouvé endormi à 4 h 30 au volant d'un véhicule à moteur stationné. L'agent de la paix s'est approché, a demandé à l'accusé de s'identifier et a remarqué une odeur d'alcool. L'accusé lui a dit qu'il avait passé la soirée au mess des officiers situé à quelques pâtés de maisons plus loin. L'agent a demandé à l'accusé de sortir de la voiture et d'exécuter certains tests physiques simples de sobriété (se tenir sur une jambe, toucher le nez avec un doigt, etc.). À 4 h 38, l'agent a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de donner l'ordre prévu au paragraphe 254(3) du *Code criminel*,<sup>2</sup> et il a dès lors avisé l'accusé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant de l'amener à l'endroit où se trouvait l'alcootest. Il ressort clairement de la preuve que les résultats des tests physiques de sobriété ont joué un rôle décisif lorsque l'agent a conclu qu'il devait réclamer un échantillon d'haleine.

L'avocat de l'appelant se fonde principalement sur la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Bonogofski*.<sup>3</sup> À notre avis, il est fondé de

<sup>1</sup> 10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

<sup>2</sup> 254. . . .

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

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

b) soit les échantillons de sang suivant le paragraphe (4), qui, de l'avis d'un technicien ou d'un médecin qualifiés sont nécessaires à l'analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie, dans le cas où l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'à cause de l'état physique de cette personne, une de ces conditions se présente :

(i) celle-ci peut être, de l'avis d'un technicien qualifié, incapable de fournir un échantillon d'haleine,

(ii) le prélèvement d'un échantillon d'haleine ne serait pas facilement réalisable.

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

<sup>3</sup> *R. v. Bonogofski* (1987), 39 C.C.C. (3d) 457.

facts here are indistinguishable from that case. It is also our view, however, and with respect, that *Bonogofski* was wrongly decided.

Accepting, as we must in the light of *Therens*,<sup>4</sup> *Thomsen*,<sup>5</sup> and *Hufsky*,<sup>6</sup> that the peace officer's request to the accused to perform physical sobriety tests amounted in law to a "detention" within the intendment of section 10, it is our view that the delay in informing him of his right to counsel is justified under section 1.<sup>7</sup> That was the conclusion reached by the Ontario Court of Appeal in *Saunders*,<sup>8</sup> whose reasoning, with respect, we adopt in preference to that in *Bonogofski*. It was also the conclusion of a five-judge panel of the British Columbia Court of Appeal in *Bonin*,<sup>9</sup> which, by implication, overruled *Bonogofski*. The only distinction with the present case is that in both *Saunders* and *Bonin* the accused had been actually driving their cars and had been stopped by the peace officers. Accordingly, both the Ontario and British Columbia Courts of Appeal were able to find that the limits on section 10 rights were "prescribed by law" because the respective provincial highway traffic acts permitted the stopping of a moving motor vehicle for the purposes of investigating drinking and driving offences; it was found in each case that the power to stop and investigate, by necessary implication, included the power to oblige the driver to perform physical sobriety tests. In our view, however, the validity of the reasoning underlying the two decisions does not depend on the existence of a statutory power to stop a moving motor vehicle. The justification of a delay in granting section 10 rights during the preliminary stages of the investigation of *Criminal Code* offences relating to drinking drivers cannot be made to depend on the purely fortuitous circumstance of whether the vehicle in which the

le faire, car on ne peut établir de distinction entre les faits essentiels de l'espèce et ceux de cet arrêt. Toutefois, avec égards, nous sommes d'avis que la décision dans l'arrêt *Bonogofski* était erronée.

Si l'on admet, comme nous devons le faire compte tenu des arrêts *Therens*,<sup>4</sup>, *Thomsen*,<sup>5</sup>, et *Hufsky*,<sup>6</sup>, que la demande de l'agent de la paix à l'accusé d'exécuter certains tests physiques de sobriété équivalait en droit à une «détention» au sens de l'article 10, nous sommes d'avis que le retard à l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat est justifié aux termes de l'article premier.<sup>7</sup> C'est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Saunders*,<sup>8</sup> dont nous adoptons les motifs, avec égards, de préférence à ceux de l'arrêt *Bonogofski*. C'est également la conclusion à laquelle est arrivée une formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Bonin*,<sup>9</sup> qui, implicitement, infirmait l'arrêt *Bonogofski*. La seule distinction avec l'espèce tient à ce que dans les arrêts *Saunders* et *Bonin* l'accusé conduisait réellement sa voiture et avait été intercepté par les agents de la paix. Par conséquent, les Cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont été en mesure de conclure que les droits prévus à l'article 10 étaient «restreints par une règle de droit» parce que les codes de la route provinciaux respectifs permettaient d'arrêter un véhicule automobile en marche aux fins d'enquêter sur des infractions de conduite avec facultés affaiblies; on a conclu dans chaque affaire que le pouvoir d'arrêter et d'enquêter, par déduction nécessaire, comprenait le pouvoir d'obliger le conducteur à exécuter des tests physiques de sobriété. Toutefois, à notre avis, la validité des motifs des deux décisions ne dépend pas de l'existence d'un pouvoir prévu par la loi d'arrêter un véhicule automobile en marche. La justification d'un retard à accorder les droits prévus à

<sup>4</sup> R. v. *Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

<sup>5</sup> R. v. *Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640.

<sup>6</sup> R. v. *Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621.

<sup>7</sup> 1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

<sup>8</sup> R. v. *Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532.

<sup>9</sup> R. v. *Bonin* (1988), 47 C.C.C. (3d) 230.

<sup>4</sup> R. c. *Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

<sup>5</sup> R. c. *Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640.

<sup>6</sup> R. c. *Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621.

<sup>7</sup> 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

<sup>8</sup> R. v. *Saunders* (1988), 41 C.C.C. (3d) 532.

<sup>9</sup> R. v. *Bonin* (1988), 47 C.C.C. (3d) 230.

officer observes the suspected impaired driver happens to be moving or stationary. The "law" of which section 1 speaks may be common law as well as statute<sup>10</sup> and a peace officer has both the power and the duty to investigate where circumstances indicate the possible commission of a criminal offence.<sup>11</sup> In the case of drinking and driving offences, such investigation, by necessary implication, includes the right to impose a brief "detention"<sup>12</sup> on the accused while the officer, in the interests of the accused as well as of the public, determines if there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed. The denial of the right to counsel during that brief period is, accordingly, prescribed by law and is justified for the reasons stated in *Saunders and Bonin*.

l'article 10 au cours des étapes préliminaires de l'enquête sur les infractions visées au *Code criminel* relativement au conducteur en état d'ébriété ne peut dépendre du fait purement fortuit que le véhicule dans lequel le policier remarque le conducteur présumément en état d'ébriété est en mouvement ou stationnaire. La «règle» de droit mentionnée à l'article premier peut viser la common law aussi bien que les textes législatifs<sup>10</sup> et un agent de la paix a le pouvoir et l'obligation d'enquêter lorsqu'il ressort des circonstances qu'une infraction criminelle a pu être perpétrée<sup>11</sup>. Dans le cas des infractions de conduite avec facultés affaiblies, une telle enquête, par déduction nécessaire, comprend le droit d'imposer une brève «détention»<sup>12</sup> à l'accusé tandis que l'agent, dans l'intérêt de l'accusé aussi bien que du public, détermine s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Par conséquent, le droit à l'assistance d'un avocat au cours de cette brève période est restreint par une règle de droit et est justifié pour les motifs énoncés dans les arrêts *Saunders et Bonin*.

The appeal will be dismissed.

L'appel sera rejeté.

<sup>10</sup> See *Therens, supra*, at 645.

<sup>11</sup> *R. v. Dedman*, [1985] 2 S.C.R. 2.

<sup>12</sup> "Detention" is used here in the purely psychological and situational sense which the cited jurisprudence has given to the word for the purpose of determining when section 10 rights come into play. The officer does not, of course, have any right at common law to physically detain a mere suspect or to compel him to answer questions or to do anything else to further the officer's investigation.

<sup>10</sup> Voir *Therens*, précité, à la page 645.

<sup>11</sup> *R. c. Dedman*, [1985] 2 R.C.S. 2.

<sup>12</sup> Le terme «détention» est utilisé en l'espèce dans le sens purement psychologique et circonstanciel qui lui est donné par la jurisprudence citée aux fins de déterminer l'application des droits conférés par l'article 10. Évidemment, l'agent n'a pas le droit en vertu de la common law de détenir physiquement un simple suspect ou de le contraindre à répondre à des questions ou à faire autre chose pour aider à l'enquête de l'agent.