

Peter W. Hogg
Avocat
20, avenue Avoca, bureau 1702
Toronto (Ontario)
M4T 2B8

Professeur émérite, Osgoode Hall Law School
Expert-conseil invité, Blake, Cassels & Graydon LLP
Téléphone : 416-863-3195
Télécopieur : 416-863-2653
Courriel : peter.hogg@blakes.com

Le 4 août 2010

Wayne Kauffeldt
Président du Conseil d'administration
MADD Canada
2010 Winston Park Drive, bureau 500
Oakville (Ontario) L6H 5R7

Objet : Compétence constitutionnelle relative aux tests d'haleine aléatoires

Monsieur,

Mon expertise

Je suis expert-conseil invité au cabinet d'avocats Blake, Cassels & Graydon LLP. Je suis également professeur émérite à l'Osgoode Hall Law School, à l'Université York, où j'ai enseigné de 1970 à 2003 et où j'exerce les fonctions de doyen de la faculté de droit depuis cinq ans. Je suis l'auteur de *Constitutional Law of Canada*, traité en deux volumes qui en est à sa cinquième édition. Je représente aussi des clients devant les tribunaux dans des affaires constitutionnelles.

Avis juridique demandé

MADD Canada (« Les mères contre l'alcool au volant ») est une organisation canadienne à but non lucratif qui milite pour mettre fin à la conduite avec capacités affaiblies et qui vient en aide aux victimes de ce crime. Le Conseil d'administration de MADD m'a demandé de prendre connaissance d'un article paru en 2010 et intitulé « Random Breath Testing in Canada : A Review of Evidence and Challenges », rédigé par R. Solomon, E. Chamberlain, S. Chiodo, M. Abdoullaeva et B. Tinholt (l'« article de

Solomon »), puis de donner mon avis à propos de la justesse, sur le plan constitutionnel, des conclusions qui y sont formulées. L'article explique, sur le fondement d'une preuve abondante, que le Canada affiche un des pires bilans en matière de conduite avec les capacités affaiblies quand on le compare à d'autres pays démocratiques qui lui ressemblent, et ce, malgré une foule de mesures législatives adoptées aussi bien par le gouvernement fédéral que par les autorités provinciales, les innombrables campagnes de sensibilisation et d'information, ainsi que toutes sortes d'autres initiatives. L'article recommande au Parlement de modifier le *Code criminel* en vue d'autoriser les policiers à faire subir des tests d'haleine aléatoires sur la route. Les auteurs font valoir que cette modification serait compatible avec la *Charte*. J'ai lu l'article et je suis parfaitement d'accord avec son contenu.

On sollicite mon avis sur les aspects constitutionnels seulement, et je les expose brièvement ci-dessous, dans mes propres mots. Je parviens à la même conclusion que les auteurs : selon moi, des programmes de tests d'haleine aléatoires mis en œuvre par la police, s'ils étaient autorisés par une modification au *Code criminel*, seraient conformes à la *Charte*. Je suis persuadé qu'une contestation de cette mesure fondée sur la Constitution serait rejetée et que la validité des tests d'haleine aléatoires serait confirmée par la Cour suprême du Canada.

Tests d'haleine aléatoires

Le *Code criminel*, à l'article 254, autorise les policiers à ordonner à un conducteur de fournir un échantillon d'haleine lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner qu'il a consommé de l'alcool. L'échantillon est prélevé sur le bord de la route au moyen d'un appareil de détection qui peut être transporté dans une auto-patrouille (épreuve respiratoire). Le résultat de ce test n'est pas admissible comme élément de preuve devant un tribunal, mais s'il indique que le conducteur présente une alcoolémie supérieure à la limite prescrite dans le *Code criminel*, soit 0,08, les policiers peuvent exiger que le conducteur se soumette à une autre épreuve (constatation par analyse d'haleine) à l'aide d'un alcootest approuvé; il s'agit d'un appareil plus gros et plus perfectionné qui est gardé au poste de police ou dans des minifourgonnettes de la police spécialement équipées. La constatation par analyse d'haleine est recevable dans une instance pénale afin de prouver l'alcoolémie du conducteur. Les policiers ont en ce moment le pouvoir d'intercepter des véhicules au hasard, soit lors de contrôles routiers organisés ou de patrouilles, et d'exiger de voir le permis de conduire, les documents d'immatriculation et d'assurance puis de vérifier la sobriété du conducteur par observation. S'ils soupçonnent, pour des motifs raisonnables, que la personne a consommé de l'alcool, ils peuvent lui ordonner de subir une épreuve respiratoire dans le but d'évaluer – même si ça ne constitue pas une preuve – le taux d'alcool dans son sang.

Dans l'article de Solomon, on soutient que le problème, avec les règles de droit actuelles, c'est-à-dire l'analyse d'haleine fondée sur des soupçons raisonnables, est que le risque qu'un conducteur en état d'ébriété soit intercepté et, une fois intercepté, que son état soit découvert, est en pratique si faible que les dispositions législatives en vigueur ne permettent pas vraiment de dissuader les gens de conduire après avoir trop bu. Les

auteurs recommandent donc l'édiction de dispositions relatives aux tests d'haleine aléatoires (THA) qui habiliteraient les policiers à ordonner à n'importe qui de se soumettre à une épreuve respiratoire, sans avoir nécessairement des soupçons raisonnables. Des dispositions en matière de THA existent en Nouvelle-Zélande, en Australie et dans la plupart des pays européens. Elles sont mises en application principalement au moyen de contrôles routiers stationnaires, où chaque conducteur qui passe fait l'objet d'un test de dépistage. Cependant, ce pouvoir ne serait pas limité aux postes de contrôle structurés : les policiers pourraient aussi intercepter des véhicules au hasard dans le cadre de leurs patrouilles, ce qui serait important lorsque la circulation est peu dense, par exemple en zone rurale ou tard pendant la nuit. Tout comme les épreuves respiratoires actuelles (où le policier doit avoir des soupçons raisonnables), l'épreuve respiratoire subie dans le cadre d'un régime de THA ne serait pas admissible dans une instance pénale et pourrait seulement être utilisée pour déterminer quand une constatation par analyse d'haleine est justifiée. Le but fondamental des THA consiste toutefois à dissuader les conducteurs en état d'ébriété de prendre le volant en faisant augmenter leur risque d'être détectés. Les auteurs citent des études réalisées en Nouvelle-Zélande, en Australie et en Europe, qui montrent une chute durable du nombre de collisions attribuables à l'alcool par suite de l'adoption de dispositions sur les THA – de même que l'appui généralisé de la population envers ces programmes.

Contestations fondées sur la *Charte* visant les THA

Toute mesure ayant pour but d'étendre les pouvoirs des policiers, même si elle est très efficace pour améliorer la sécurité publique, engendre inévitablement des contestations fondées sur la *Charte*. Les plaignants invoqueront probablement trois dispositions de la *Charte* : l'article 8, qui protège une personne contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives; l'article 9, qui interdit la détention arbitraire, et l'alinéa 10*b*), qui garantit le droit à l'assistance d'un avocat. L'article premier est aussi pertinent, car il permet que des droits garantis par la *Charte* soient restreints par une règle de droit et d'une manière dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Solomon et ses collaborateurs affirment, et je suis d'accord, que les THA seront probablement considérés contraires à l'article 9 et à l'alinéa 10*b*) (pas à l'art. 8 cependant), mais que cette atteinte sera justifiable en vertu de l'article premier. J'aborderai ci-après tour à tour chacune des dispositions de la *Charte* en expliquant ces deux conclusions.

Article 8 – Fouilles, perquisitions et saisies abusives

D'après l'article 8 de la *Charte* : « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » Le prélèvement obligatoire d'un échantillon d'haleine constitue probablement une « saisie » au sens de l'article 8, et il est évidemment impossible d'obtenir un mandat judiciaire pour chaque prélèvement. Néanmoins, une telle saisie sans mandat sera justifiable constitutionnellement aux conditions suivantes : 1) elle est autorisée par la loi, 2) la loi qui l'autorise n'est pas abusive et 3) la saisie n'a pas été effectuée de manière abusive¹.

Pour ce qui est du point 1), puisque les THA seront édictés dans le cadre d'une modification apportée au *Code criminel*, ils seront autorisés par une loi.

Pour ce qui est du point 2), la loi sera vraisemblablement considérée comme n'étant pas abusive, puisqu'en raison d'inquiétudes relatives à la sécurité publique, la conduite automobile est déjà une activité lourdement réglementée, et les THA contribueront grandement à améliorer la sécurité publique. De plus, l'ingérence dans la vie privée du conducteur est mineure et passagère, sans compter qu'elle n'est pas si différente des obligations en vigueur, comme celle de fournir une preuve d'immatriculation, de propriété et d'assurance (dont le bien-fondé a été confirmé par la Cour suprême dans tous les cas)². L'échantillon d'haleine est prélevé à des fins de dépistage seulement et ne sera pas admissible comme preuve devant les tribunaux.

Pour ce qui est du point 3), concernant la manière dont s'est déroulée la saisie, les THA seront généralement imposés à tous les conducteurs qui passent à un contrôle routier, de sorte qu'ils n'entraînent aucun opprobre ni aucune humiliation, et aucun traitement discriminatoire envers certaines personnes pour des motifs inacceptables (profilage racial). Selon l'article de Solomon, qui fait fond sur l'expérience vécue en Nouvelle-Zélande, en Australie et en Europe occidentale, les conducteurs n'ont pas besoin de descendre de leur véhicule et le processus est tellement répandu et rapide que même le délai est minime quand le conducteur est sobre. Les Canadiens qui prennent la route, comme leurs semblables dans des pays démocratiques, vont comprendre sans difficulté les enjeux de sécurité qui sous-tendent les THA et s'accoutumeront rapidement aux inconvénients mineurs qui leur sont causés. Des mesures incommodantes semblables sont d'ailleurs tolérées aux aéroports, à la frontière, dans les salles d'audience et d'autres édifices gouvernementaux, où les fouilles et saisies se font au hasard (et sans exception aucune) pour garantir la sécurité.

J'en conclus, au sujet de l'article 8 (fouilles, perquisitions et saisies abusives), que les tests d'haleine aléatoires ne porteront pas atteinte au droit qui y est garanti.

¹R. c. *Collins* [1987] 1 R.C.S. 265, par. 23.

²R. c. *Hufsky* [1988] 1 R.C.S. 621, par. 23.

Article 9 : Détention arbitraire

L'article 9 de la *Charte* énonce que : « Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. » La Cour suprême a statué que le fait pour la police d'intercepter des conducteurs au hasard à des contrôles routiers fixes ou durant les patrouilles en vue de vérifier le permis, le titre de propriété ou la preuve d'assurance, de même que la sobriété physique de la personne, constituait une détention arbitraire au sens de l'article 9. Elle a quand même confirmé la validité des dispositions qui autorisaient ces contrôles en tant que limite raisonnable imposée à ce droit, invoquant l'article premier de la *Charte*³. Ces décisions régiront les THA également. J'en conclus que les tests d'haleine aléatoires seront considérés comme une détention arbitraire, et par conséquent comme une atteinte à l'article 9, mais que cette atteinte sera justifiable en vertu de l'article premier et donc constitutionnelle.

Alinéa 10b) : Droit à l'assistance d'un avocat

L'alinéa 10b) de la *Charte* énonce que : « Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention [...] d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. » Le droit à un avocat surgit quand il y a une « détention », terme qui a le même sens à l'alinéa 10b) qu'à l'article 9. Nous n'avons pas le choix de tenir compte des arrêts où la Cour suprême a assimilé l'interception au hasard d'un véhicule par la police à une « détention », de sorte que nous devons accepter que cet alinéa garantit le droit à l'assistance d'un avocat à toute personne qui se fait stopper sur la route.

Par contre, l'objectif des tests d'haleine aléatoires serait complètement bafoué si chaque conducteur avait le droit d'exiger de consulter un avocat dès qu'il est intercepté par la police. Ce droit ne serait exercé de toute évidence que par ceux qui craignent le résultat du test d'haleine, mais ces gens pourraient immobiliser les ressources policières pendant des heures jusqu'à ce qu'on leur trouve un avocat (souvent tard la nuit). Bien sûr, dans tous les cas sauf très rares exceptions, la seule information utile que pourrait leur donner un avocat serait qu'ils sont obligés de fournir l'échantillon d'haleine. En revanche, le temps qu'il a fallu pour trouver un avocat rendrait fréquemment le résultat de l'alcootest inutilisable. Heureusement, l'article premier de la *Charte* permettrait au législateur de retirer le droit de réclamer un avocat aux conducteurs interceptés sur la route pour subir un test d'haleine aléatoire.

Dans *R. c. Orbanski* (2005)⁴, deux conducteurs ont été interceptés par la police : un parce qu'il conduisait irrégulièrement et l'autre, lors d'un arrêt au hasard. Chacun a subi une épreuve respiratoire, suivie d'une analyse par constatation d'haleine qui avait donné lieu à des accusations au criminel pour conduite avec les capacités affaiblies. Chaque accusé soutenait que son droit à l'assistance d'un avocat avait été violé parce qu'il n'avait pas été informé de ce droit dès qu'il avait été intercepté par la police. La loi provinciale accordant le pouvoir d'intercepter des conducteurs ne mentionnait

³*R. c. Hufsky*, précité (interceptions au hasard lors de contrôles routiers); *R. c. Ladouceur* [1990] 1R.C.S. 1257 (vérifications de routine effectuées au hasard sur les routes).

⁴ [2005] 2 R.C.S. 3.

aucunement le droit à un avocat. D'après la juge Charron, qui s'exprimait au nom de la majorité de la Cour suprême dans cet arrêt, si un des buts principaux du pouvoir des policiers d'intercepter des conducteurs consiste à vérifier leur sobriété, et que cette vérification doit nécessairement se faire sans tarder, la loi devait être interprétée de manière à autoriser *implicitement* les policiers à poser des questions pour déterminer si une personne a consommé de l'alcool et à lui faire passer une épreuve respiratoire au bord de la route sans l'informer de son droit à un avocat. Cette autorisation implicite portait atteinte au droit à l'assistance à un avocat garanti à l'alinéa 10*b*), mais elle constituait une limite raisonnable conforme à l'article premier. Par ce raisonnement, la Cour suprême a rendu la loi applicable malgré ses propres arrêts sur la détention et le droit à un avocat⁵. Les contestations fondées sur la *Charte* ont été rejetées.

Le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Orbanski* protégerait les THA des effets catastrophiques du droit à un avocat. Cependant, ainsi qu'il est recommandé dans l'article de Solomon, il serait souhaitable que les modifications apportées au *Code criminel* au sujet des THA comportent une disposition explicite indiquant que le droit à un avocat entre en jeu seulement après l'épreuve respiratoire. Ce droit surgirait une fois que la personne doit se soumettre à la constatation par analyse d'haleine⁶. Grâce à cette disposition explicite, plus aucune interprétation ne serait nécessaire (même si la disposition implicite avait été suffisante dans l'affaire *Orbanski*), et il serait plus facile pour la Cour suprême d'en confirmer la validité en vertu de l'article premier. J'en conclus que les THA porteraient atteinte au droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'alinéa 10*b*), mais que cette atteinte serait considérée comme une limite justifiable selon l'article premier.

Article premier : Limites raisonnables imposées aux droits garantis par la *Charte*

Dans mon analyse concernant l'article 9 (détention arbitraire) et l'alinéa 10*b*) (droit à l'assistance d'un avocat) de la *Charte*, j'ai affirmé, en m'appuyant sur des arrêts de la Cour suprême relatifs aux interceptions au hasard et aux tests d'haleine, qu'une modification apportée au *Code criminel* pour accorder aux policiers le pouvoir de procéder à des tests d'haleine aléatoires (THA) serait contraire à l'article 9 et à l'alinéa 10*b*), mais qu'elle serait néanmoins jugée valide en tant que limite raisonnable justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Dans la présente section de mon avis juridique, j'expliquerai brièvement comment les tribunaux rendent leurs décisions quand ils appliquent l'article premier et pourquoi je suis confiant que le bien-fondé des THA sera confirmé par cette disposition de la *Charte*.

L'article premier de la *Charte* dispose ce qui suit :

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

⁵ L'arrêt *R. c. Thomsen* [1988] 1 R.C.S. 621 énonce le même principe : la Cour suprême y a déclaré que le droit à un avocat était aussi implicitement violé par les dispositions sur les alcootests et que le déni implicite de ce droit était constitutionnel en raison de l'article premier.

⁶ Raisonnement utilisé dans *R. c. Therens* [1985] 1 R.C.S. 613.

des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Par une règle de droit – Un droit ne peut être restreint que « par une règle de droit », et c'est pourquoi il est important que les THA soient expressément autorisés par une modification au *Code criminel* et pourquoi il serait prudent (quoique peut-être inutile) que cette mesure énonce clairement que le pouvoir d'intercepter un conducteur et d'administrer l'épreuve respiratoire ne s'assortit pas du droit à un avocat. Toutes les dispositions du *Code criminel* constituent bien sûr des règles de droit.

Objectif suffisamment important – Dans l'arrêt *R. c. Oakes* (1986)⁷, la Cour suprême a établi une démarche en quatre étapes permettant de déterminer si une loi portant atteinte à un droit garanti par la *Charte* doit néanmoins être jugée justifiable comme limite raisonnable en vertu de l'article premier. Tout d'abord, il faut se demander si la loi vise un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Or, l'objectif des THA consiste à améliorer la sécurité sur les routes ou, plus précisément, à mettre un terme au carnage causé par la conduite avec facultés affaiblies, et la Cour suprême a convenu, dans plusieurs décisions, qu'il s'agit là d'un objectif suffisamment important pour justifier de passer outre à l'article 9 et à l'alinéa 10b) ou aux deux⁸.

Lien rationnel – À la deuxième étape du processus décrit dans l'arrêt *Oakes*, il faut se demander si la loi a un lien rationnel avec son objectif. Puisque les THA auront pour conséquence d'accroître le risque de détection pour les conducteurs ayant les capacités affaiblies, la nouvelle disposition a un lien rationnel avec l'objectif visé.

Atteinte minimale – Troisièmement, la loi ne doit pas porter atteinte au droit plus que nécessaire pour atteindre son objectif. L'article de Solomon fait état de nombreuses études (et de l'expérience d'autres pays) qui montrent que le droit dans son état actuel (épreuve respiratoire fondée sur des soupçons raisonnables) ne s'est pas avéré aussi efficace que les THA pour faire baisser le nombre de personnes qui conduisent avec les capacités affaiblies. Les THA constituent la mesure qui s'impose désormais.

Proportionnalité – Suivant la quatrième étape de la démarche décrite dans l'arrêt *Oakes*, il faut se demander s'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et bénéfiques de la loi ou, en d'autres termes, si l'atteinte au droit garanti par la *Charte* est un prix trop élevé à payer pour les avantages que procure la loi. Puisque le bilan du Canada est médiocre en ce qui concerne l'alcool au volant et que les THA sont parvenus à réduire concrètement ce fléau ailleurs, les avantages – c'est-à-dire une sécurité accrue sur les routes, les vies épargnées, les invalidités et les souffrances évitées – sont énormes. Sur l'autre plateau de la balance, soulignons que la « détention » est de courte durée, que l'échantillon d'haleine peut être fourni sans que le conducteur sorte de son véhicule et (puisque les tests sont aléatoires) qu'il n'y a pas d'opprobre ni d'embarras pour qui que

⁷ [1986] 1 R.C.S. 103.

⁸ P. ex. *Hufsky*, précité à la note 3; *Ladouceur*, précité à la note 3; *Orbanski*, précité à la note 4; *Thomsen*, précité à la note 5.

ce soit. L'intervention d'un avocat serait peu utile en pratique, parce que dans la vaste majorité des cas, le client serait informé simplement qu'il a l'obligation légale de subir le test et que tout retard important causé par la recherche d'un avocat empêcherait le conducteur de subir un test fiable.

Conclusion relative à l'article premier – Même sans les arrêts de la Cour suprême confirmant déjà la validité des interceptions au hasard et des tests d'haleine (fondés sur des soupçons raisonnables) en vertu de l'article premier, je suis d'avis qu'il est facile de conclure que les THA sont autorisés par une règle de droit et satisfont aux quatre étapes de la démarche décrite dans l'arrêt *Oakes*. Les atteintes mineures à l'article 9 et à l'alinéa 10*b*) découlant d'un THA seraient justifiables en vertu de l'article premier.

Conclusion

Selon moi, si le législateur modifie le *Code criminel* afin que l'épreuve respiratoire fondée sur des soupçons raisonnables soit remplacée par un test d'haleine aléatoire, la modification serait constitutionnelle. L'article 8 de la *Charte* (fouilles, perquisitions et saisies abusives) ne serait pas violé; l'article 9 (détenue arbitraire) le serait toutefois, comme l'alinéa 10*b*) (droit à l'assistance d'un avocat). Par contre, ces atteintes seraient mineures, justifiées et constitutionnelles en vertu de l'article premier (limites raisonnables). La Cour suprême a déjà invoqué l'article premier pour valider les dispositions législatives en vigueur au sujet des interceptions au hasard et des épreuves respiratoires, parce qu'elles contribuent à la sécurité sur les routes, et les THA ne soulèvent pas d'enjeu vraiment nouveau. Je suis confiant qu'une contestation constitutionnelle serait rejetée et que la validité des tests d'haleine aléatoires serait confirmée par la Cour suprême du Canada.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Peter W. Hogg