

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

40/06/CA

ALBERT EUGENE MALLERY

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Mallery v. R., 2008 NBCA 18

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Robertson

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
March 23, 2006

History of case:

Decision under appeal:
2006 NBQB 105

Preliminary or incidental proceedings:
Unreported

Appeal heard:
September 13, 2007

Judgment rendered:
February 28, 2008

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes

Counsel at hearing:

For the appellant:
James J. Matheson

ALBERT EUGENE MALLERY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Mallery c. R., 2008 NBCA 18

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Robertson

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 23 mars 2006

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2006 NBBR 105

Procédures préliminaires ou accessoires :
Inédites

Appel entendu :
Le 13 septembre 2007

Jugement rendu :
Le 28 février 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
James J. Matheson

For the respondent:
Anthony Allman, Q.C.

Pour l'intimée :
Anthony Allman, c.r.

THE COURT

The application for leave to appeal and the appeal are allowed. The decision of the summary conviction appeal court judge is set aside and the decision of the trial judge is reinstated and affirmed.

LA COUR

La demande d'autorisation d'appel et l'appel sont accueillis. La décision du juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires est annulée et la décision du juge du procès est rétablie et confirmée.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON J.A.

I. Introduction

[1] The appellant was drinking in a local bar when another patron informed him that the lights to his truck had been left on. The appellant went outside to his vehicle and started the engine to see whether the battery was dead. As soon as the engine turned over, he turned off the lights and the ignition, got out of his truck and headed back to the bar. All of this occurred within a minute or two and without the appellant knowing that he was being observed by the police. Just as the appellant was about to reenter the bar, he was approached by the police and, subsequently, charged with having “care or control” of his vehicle at a time when his blood-alcohol level exceeded the statutory limit. The offence is set out in s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The appellant was acquitted at trial, but that decision was reversed on appeal to the summary conviction appeal court.

[2] This appeal raises a fundamental question: is “danger” an essential component of the offence? The appellant argues that a finding of “care or control” requires that the accused’s interaction with the vehicle posed a “danger”, or, as it is sometimes phrased, a “risk of danger” or a “risk to public safety”. To meet that burden, the Crown must establish a risk of the accused putting the vehicle in motion, either intentionally or unintentionally, or the facts must otherwise support a finding of danger (e.g., from parking one’s vehicle in the middle of a public thoroughfare). Within this general framework, the trial judge found the appellant not guilty. The appellant had no intention of driving and the facts did not otherwise support a finding that his interaction with his vehicle posed a risk to public safety. The Crown responds that a finding of danger is not an essential element of the offence, and that it need only prove that the accused performed sufficient acts with respect to the use of the vehicle’s “fittings or equipment”. Thus, a person who starts the engine to his or her vehicle while impaired is,

without more, guilty of the offence. Applying the “sufficient interaction” test, the Crown posits that once the appellant started the motor to his truck the offence was complete.

[3] This case is difficult for two reasons. First, it is difficult to reconcile the pivotal decisions of the Supreme Court, unless one is prepared to limit the precedential significance of each case to the narrow issue placed squarely before the Court. Second, the intermediate appellate courts of this country are divided on whether danger is an essential component of the offence. In recent years, beginning in 2000, the appellate courts of Ontario, Newfoundland and Labrador, Manitoba and Saskatchewan have responded to the question in the affirmative. In three of the four cases, leave to appeal to the Supreme Court was sought and, in each instance, the leave application was denied. On the other hand, there is appellate jurisprudence from Alberta, Nova Scotia and Quebec that supports the Crown’s position. All of these cases were decided prior to 2000.

[4] This is a case of first impression for this Court. I conclude that there is sufficient ambiguity in the Supreme Court jurisprudence to permit the Court to follow the lead of those jurisdictions that have held that a finding of “danger” is an essential component of the offence, save in one instance (namely, where the statutory presumption of an intent to drive is not rebutted). If danger is not already an essential element of the offence, it should be. The concept of danger provides a unifying thread which promotes certainty in the law while balancing the rights of an accused with the objectives of the legislation.

[5] In brief, the trial judge did not err in law. Accordingly, both the leave application and the appeal should be allowed and the acquittal entered at trial restored. I hasten to add that if my understanding of the law is mistaken, and the Crown is correct, then, there is a substantial body of recent Canadian jurisprudence that needs to be revisited. Typically, the cases fall within one of two categories: (1) those in which the vehicle is “inoperable” or “immoveable”; and (2) those in which the accused was found “sleeping it off”, more often than not with the motor running. If we accept the Crown’s submission, then it should follow that most of those cases were also wrongly decided.

II. The Facts

[6] As is true in all cases, the trial judge's findings of fact and credibility are central to the application of the relevant principles. On the evening in question, the police received a call from an irate motorist who had been cut off by another vehicle. Armed with a description of that vehicle and its general location, the police were able to locate the appellant's truck within twenty minutes. It was parked in the parking lot of a local bar. The police officer parked his vehicle some 150 to 200 feet from the appellant's vehicle, ostensibly for the purpose of completing some paperwork. A few minutes later, the police officer heard the appellant's truck being started. The vehicle's lights were on and the appellant was behind the wheel. Within seconds, the appellant turned the ignition and lights off, got out of the vehicle and headed back towards the bar entrance. At this point, the police officer got out of his vehicle and requested the appellant to stop. The appellant complied with the demand and, shortly thereafter, he was arrested for the offence that is the subject matter of this appeal, namely having "care or control" of his vehicle, at a time when his blood-alcohol level exceeded the statutory limit, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*.

[7] The trial judge accepted the appellant's testimony as to the circumstances leading up to his arrest. The appellant testified that, on first entering the bar, he had arranged with the bartender to take him home that evening. The appellant also testified that, while in the bar, another patron had advised him that his truck's taillights were on. The appellant testified that the switch to the vehicle's lights had been malfunctioning such that the lights remained on even after the switch was turned off. In response to the information received from the other bar patron, the appellant went out to his vehicle, got in and started the motor for two purposes: to see whether the battery was dead and whether the lights would go out. As soon as the engine turned over, the appellant flicked the light switch and the lights went off. As described earlier, the appellant then turned off the ignition, got out of the vehicle and headed back to the bar. The trial judge found that the appellant was in his vehicle for only a "brief moment" and that all of the pertinent events took place within a "minute or two." The trial judge accepted the appellant's

evidence in its entirety, including the contention that the appellant had arranged for the bartender to drive him and his truck home. The fact that the bartender did not testify did not impact on the trial judge's assessment of the appellant's credibility.

[8] There is one factual aspect of this case that I consider to be of critical significance. No one has suggested or argued that the appellant was aware of the police officer's presence in the parking lot, either before he climbed into his truck to turn off the lights and to see whether the battery was dead or as he was leaving it. Thus, we must jettison from our factual matrix the notion that the appellant fled the vehicle for the purpose of evading a charge under s. 253(b) of the *Criminal Code*. If the findings of fact had been that the accused got out of the vehicle as soon as he realized that the police were watching, the trial judge may well have come to a different conclusion with respect to both the appellant's credibility and the statutory presumption. On those facts, the trial judge may have held that the appellant occupied the driver's seat for the purpose of putting the vehicle in motion. Nevertheless, the law constantly reminds us to decide cases in accordance with the trial judge's findings.

III. The Decisions & Error Below

[9] The appellant was charged under s. 253(b) of the *Criminal Code*. Succinctly stated, that subsection provides that it is an offence to have care or control of a motor vehicle, whether or not it is in motion, when one's blood-alcohol level exceeds the statutory limit. Throughout, it has been common ground that the appellant's blood-alcohol level exceeded the statutory limit. As to the other elements of the offence, the trial judge made two key findings. First, he held that the appellant had successfully rebutted the presumption of care or control set out in s. 258(1)(a) of the *Criminal Code*. Once the Crown proves, on a balance of probabilities, that the accused occupied the driver's seat, this presumption applies unless the accused establishes that he or she did not occupy the seat for the purpose of setting the vehicle in motion. The trial judge ruled that the appellant had no such intention and the respondent Crown has never challenged this finding. However, the legal analysis cannot stop here as an intention to put a vehicle in

motion is not an essential element of the offence. The Crown is entitled to establish “actual” care or control. At this point, the law is no longer concerned with the accused’s intent but rather with whether the accused’s interaction with the vehicle qualifies as “care or control” as that term is understood in the jurisprudence. In that regard, the trial judge formulated the correlative issue in terms of whether the appellant's interaction with his vehicle posed a “risk of danger to the public” and answered the question in the negative. The trial judge's analysis relies heavily on the Supreme Court’s decision in *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119, [1985] S.C.J. No. 48 (QL) and on the decision rendered by the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Hannemann*, [2001] O.J. No. 1686 (Sup.Ct.)(QL). The latter case involved an accused who had been found “sleeping it off” in the front seat of his car with the motor running. He too was acquitted of the offence. I should point out that the reasons of Justice Hill in *Hannemann* offer the most comprehensive analysis of the jurisprudence to date in this area of the law.

[10] In the case at bar, the summary conviction appeal court judge set aside the acquittal and ordered a new trial on the basis that the trial judge had misapplied the law. The appeal court judge understood the trial judge's reasons to stand for the proposition that if there is “no intention to drive” there can be no “risk to public safety”. Based on that interpretation of the trial judge’s reasons, the appeal court judge summarily allowed the Crown’s appeal. Had the trial judge acquitted the appellant on the basis articulated by the appeal court judge, the latter’s decision would have been unassailable. But with great respect, the appellant was not acquitted on the basis. The trial judge adopted and applied what he understood to be the analytical framework set out in *Toews* and *Hannemann*. The latter case is of importance because it unequivocally contradicts the Crown’s contention that risk of danger is not an essential element of the care or control offence in cases where the accused is found in the vehicle with the motor running. Admittedly, the references to *Hannemann* are problematic in one respect: the risk analysis focuses on arguments and counterarguments unique to that category of case (the sleeping-it-off cases). That said, the trial judge reasoned that the facts of the present case and those in *Hannemann* bear too close a resemblance to discount. In each case, the accused had a blood-alcohol level that exceeded the statutory limit and each was found sitting behind

the wheel with the motor running. One factual difference is that the appellant was awake when observed by the police. In *Hannemann* the accused was found asleep behind the wheel. The distinction has no bearing on the outcome of this case.

IV. The Supreme Court Jurisprudence

[11] Accepting that the summary conviction appeal court judge erred by misapprehending the *ratio* of the trial judge's reasons for acquittal, it falls on this Court to decide whether the trial judge erred by requiring the Crown to establish that the appellant's interaction with his vehicle created a risk of danger. As noted at the outset, the Crown submits that the law does not require the Court to pursue a risk inquiry so long as the evidence establishes a sufficient interaction between the accused and the vehicle's "fittings or equipment". The Crown contends that a finding of guilt is virtually axiomatic once the accused is observed starting the vehicle's motor while impaired or with a blood-alcohol level exceeding the statutory limit. The question is whether the Supreme Court jurisprudence supports the Crown's understanding of the law or the appellant's contention that danger is an essential element of the offence.

[12] By way of background, it was in 1925 that Parliament first made it an offence for a person who was "intoxicated" to have "care or control" of a motor vehicle. It was not until 1947 that the *Criminal Code* was amended to provide for a rebuttable presumption in favour of the Crown, which is now found in s. 258(1)(a) of the *Criminal Code*. The presumption's present wording is the result of a 1985 revision and, succinctly stated, it provides that once the Crown proves that the accused occupied the driver's seat, the accused is deemed to have had care or control of that vehicle unless the accused establishes that he or she did not occupy the seat for the purpose of setting the vehicle in motion. Putting aside legal issues surrounding the concept of "impairment", since 1925 the Supreme Court has published only seven decisions that dwell on the essential elements of the offence. Four of the decisions establish general principles that are not in issue on this appeal. In *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, [1971] S.C.J. No. 112 (QL), in which the Supreme Court held that in order to rebut the presumption of care or control

under what is now s. 258(1)(a), the accused must establish on a “balance of probabilities” that he or she did not have the intention to drive. The standard of “proof beyond a reasonable doubt” was rejected. *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, [1978] S.C.J. No. 100 (QL), deals with the wording of the statutory presumption prior to its amendment in 1985. The third decision is *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, [1988] S.C.J. No. 63 (QL). In that case, the Supreme Court held that the rebuttable presumption found in s. 258(1)(a) does not violate the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. The fourth case is *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, [1990] S.C.J. No. 96 (QL), in which it was held that intoxication is not a defence to a charge under s. 253 of the *Criminal Code*. Both *Penno* and *Whyte* do have an impact on the question whether danger is an essential element of the offence.

[13] We are left with three Supreme Court decisions pertinent to this appeal. The first in time is cited less frequently in the jurisprudence: *R. v. Saunders*, [1967] S.C.R. 284, [1967] S.C.J. No. 21 (QL). The other two decisions are consistently cited and discussed in virtually every “care or control” case: *R. v. Ford*, [1982] 1 S.C.R. 231, [1982] S.C.J. No. 4 (QL) and *R. v. Toews*. I must point out that all three decisions are remarkable for their brevity and in two instances it is necessary to turn to the underlying decision of the court of appeal to appreciate what was being argued and decided in the Supreme Court. As well, one must recognize from the outset that none of the decisions deals head-on with the issue of whether danger is an essential element of the offence. The analysis requires that inferences be drawn from facts and isolated statements of the law. I shall deal with the cases chronologically and then refer briefly to an oft cited passage from *Penno* and one from *Whyte*.

[14] In *Saunders*, the Court was asked to decide whether an “inoperable” vehicle qualified as a motor vehicle as defined under the *Criminal Code*. The issue arose in the following context. Section 223 of the *Criminal Code*, 1953-54 (Can.), c. 51, provided that it was an offence to have care or control of a motor vehicle so long as one's ability to drive a motor vehicle was impaired by alcohol or a drug. At the time the police found the accused, he was sitting behind the wheel of his car with the key in the ignition.

The car was in a ditch and could not move under its own power until extricated by a tow truck. The trial judge concluded that the accused had care or control but that the circumstances did not pose a risk of danger and the accused's vehicle did not qualify as a vehicle for the purposes of s. 223. On this basis the accused was acquitted, but that decision was reversed on appeal. When the matter came before the Supreme Court, the issue was framed as a stated question: "Is an automobile, which cannot be set in motion by its own power, by reason of conditions existing at the time of the alleged offence, a 'motor vehicle' within the meaning of those words where they appear in the phrase 'care [or] control of a motor vehicle' in section 223 of the *Criminal Code*?" The Supreme Court answered "yes" to that question and the conviction stood. The *ratio* of the Court's decision is found in the following two sentences (at p. 290):

The definitions of the offences mentioned in ss. 222 and 223 are also couched in a language that is plain and simple and in which nothing, either expressed or implied, indicates an intent of Parliament to exact, in every case, as being one of the ingredients of the offences, the proof of the presence of some element of actual or potential danger or to accept, as a valid defence, the absence of any. On the contrary, these and the other related provisions of the Code manifest the determination of Parliament to strike at the very root of the evil, to wit: the combination of alcohol and automobile, that normally breeds this element of danger which this preventive legislation is meant to anticipate.

[Emphasis is that of Robertson J.A.]

[15] The validity of the Supreme Court's ultimate holding in *Saunders* is beyond question: an immovable vehicle is still a vehicle within the meaning of the *Criminal Code*. It is the above passage that remains troublesome. It suggests that actual or potential danger to the public is not an essential aspect of the offence. Yet if one were to accept the above passage blindly, it could be argued that a person who is inebriated and sitting in the driver's seat of a car which was resting on blocks, without wheels, transmission and motor, would be guilty of having care or control so long as the keys to the vehicle were in hand or in the ignition. Be that as it may, *Saunders* supports the Crown's argument that danger is not an essential element of the offence. The facts of that

case fully support the understanding that there was no risk of danger and yet a conviction was entered.

[16] The notion that “risk of danger” is not an essential element of the care or control offence is reinforced in the Supreme Court’s decision in *Ford*. I pause here to caution that my view of *Ford* appears to be unique when contrasted with other analyses. However, I feel duty bound to concede that when the facts in *Ford* are fully unraveled that decision adds further support to the Crown’s argument.

[17] At the time *Ford* was decided, s. 236(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, stated that it was an offence to have care or control of a motor vehicle, whether in motion or not, if the accused’s blood-alcohol level exceeded the statutory limit. Prior to *Ford*’s release in 1982, and based on the Supreme Court’s earlier decision in *R. v. Appleby*, it was generally assumed that if the case involved the application of the presumption set out in what was then s. 237(1)(a), and if the accused successfully rebutted that presumption, then, the accused was entitled to an acquittal. The prevailing view was that an intention to drive was an essential element of the offence. But in *Ford*, the majority held otherwise (Laskin C.J. and Dickson J. dissenting). In that case, the accused and others had parked their cars in a field during a party held on a chilly March evening. Over the course of the evening, the accused and others would get into the car and turn on the motor to get warm. Once warmed, they would return to the party. Before the party broke up, the police found the accused, awake, behind the wheel of his car, with the motor running and with five or six other party-goers in the vehicle.

[18] The trial judge in *Ford* accepted the accused’s evidence that he had no intention of driving home that evening and that, in fact, he had arranged for someone else to do the driving at the end of the soiree. (Later in these reasons, this type of argument is referred to as the “firm plan” defence.) The accused was acquitted at trial on the basis that he had rebutted the statutory presumption by demonstrating that he had no intention to set the vehicle in motion. In short, the trial judge held that this lack of intention was a complete defence to the charge, even though on the facts of the case he was prepared to

find that care or control had been established. The appeal court disagreed on the issue of intention, as did the majority of the Supreme Court, and both courts referred the matter back to the trial judge for disposition. The Supreme Court majority held that an accused could still be convicted under that provision if the Crown adduces other evidence that the accused performed acts indicative of care or control of the vehicle, so as to create a “danger”. Specifically, the majority referred to the possibility of the accused setting the vehicle in motion “unintentionally”. This understanding of the law is found in the seminal passage, authored by Ritchie J. for the majority, at pp. 248-249:

Nor in my opinion, is it necessary for the Crown to prove an intent to set the vehicle in motion in order to procure a conviction on a charge under [s. 253].... Care or control may be exercised without [an intent to drive] where an accused performs some act or series of acts involving the use of the car, its fittings or equipment, such as occurred in this case, whereby the vehicle may unintentionally be set in motion creating the danger the section is designed to prevent.

[Emphasis is that of Robertson J.A.]

[19] The above passage can be interpreted in one of two ways. First, care or control is established once it is proved that the accused was found sitting in the vehicle with the motor running, having performed acts involving “the use of the car, its fittings or equipment.” Pursuant to this understanding, the accused’s interaction with the vehicle is *deemed* to have posed a risk of danger (*e.g.*, the vehicle could have been put in motion unintentionally). According to this interpretation, there is no need to embark on an inquiry as to whether there was, in fact, a risk of danger that the vehicle might have been unintentionally put in motion; danger is *presumed* from the surrounding facts. The second possible interpretation is that the accused is guilty of having care or control only if the Crown can *prove* that there was a risk of the vehicle being moved unintentionally. In my view, the first interpretation appears to be the intended one for the following reason.

[20] All three levels of court in *Ford* approached the case on the understanding that if “intention to drive” is not an essential element of the offence, the accused was

guilty of having care or control by virtue of having occupied the driver's seat, with the engine running, while in a state of inebriation. The trial judge so held and neither the appeal court, nor the Supreme Court, suggested further proof was required. Moreover, neither court even raised the possibility of the trial judge addressing the question of whether or not the accused's vehicle could have been moved unintentionally. Indeed, one is left with the distinct impression that the matter was being referred back to the trial judge for the limited purpose of imposing a fit sentence. The dissenting opinion rendered in the Supreme Court supports this understanding. In one solitary sentence, the minority held, at page 242, that even if it were wrong with respect to the issue of whether an intention to drive is an essential element of the offence, the accused should have been acquitted: "Mr. Ford rebutted the presumption ... and the Crown has not in my opinion advanced further evidence sufficient to warrant a finding of care or control." In other words, contrary to what the trial judge had held, the minority was not persuaded that care or control was established simply because the accused was found behind the wheel of his vehicle, impaired, with the motor running.

[21] I accept that the decisions in *Saunders* and *Ford* are consistent with the view that risk of danger or risk to public safety is not an essential element of the offence. So long as there is a sufficient interaction between the accused and the vehicle's fittings a conviction is warranted. In brief, based on those cases, an accused who has had too much to drink and who is found sitting in the front seat of a vehicle with the key in the ignition or the motor running is guilty of the offence. This would be true even if the vehicle were incapable of moving other than by means of a tow truck. However, the ultimate question is whether this elementary understanding of the law is consistent with the Supreme Court's decision in *Toews*. With hindsight being what it is, it should come as no surprise that just as the judicial makeup of the Supreme Court changed in the 1980s, so too did the direction in the law of care or control.

[22] In 1985, the Supreme Court had a further opportunity to consider the elements of the care or control offence, only this time the relevant provision was found at s. 234(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34: "Every one who, while his ability to

drive a motor vehicle is impaired by alcohol [,] ... has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, is guilty of an ... offence...". The essential facts of *Toews* are as follows. The police found the accused asleep on the front seat of his truck, wrapped in a sleeping bag, with his head by the passenger door. The truck was parked on private property with the key in the ignition and the stereo blaring, but the engine was not running. While there was no evidence as to who put the key in the ignition, the evidence established that a friend had driven the accused to the party that both were attending. The trial judge also found that the accused's friend had agreed to drive the accused home at the end of the evening. The accused left the party early and went to the truck to wait for his friend to return. While waiting, he fell asleep, which state he was still in when the police found him. The accused was convicted at trial. While the trial judge accepted the accused's evidence that he had no intention of driving, the trial judge concluded that the accused could have awoken, changed his mind and driven the vehicle. On appeal to the British Columbia Court of Appeal, the issue focused on defining the *mens rea* and the *actus reus* of the "care or control" offence. The Court of Appeal asked whether a person could have care or control if his or her intention was to sleep in the vehicle rather than to drive it. The Court went on to hold that the Crown must prove that the accused had the intention to use the motor vehicle as a motor vehicle. In the end, the Court of Appeal reversed the trial judge's decision and acquitted the accused because the Crown had failed to establish that he had the intention to use the "vehicle as a vehicle". In effect, the appeal court held that the accused's vehicle was being used as a "bedroom" and not as a vehicle in the conventional manner.

[23] The appeal to the Supreme Court focused on defining the *mens rea* and the *actus reus* of the offence. The *mens rea* was defined as the intent to assume care or control after the voluntary consumption of alcohol or a drug. The *actus reus* was defined as the act of assuming care or control when the voluntary consumption of alcohol or a drug has impaired the ability to drive". See also *R. v. Penno*, at p. 877, where Lamer C.J. discusses this issue in more detail. The Supreme Court went on in *Toews* to confirm the principle that the absence of intent to drive does not by itself afford the accused a complete defence. However, the Court also held that the statutory presumption did not

apply on the facts of the case as the accused was found lying across the front seat with his head on the passenger side. The presumption being inapplicable, the Court held that the Crown was left with the task of establishing “actual” care or control. Two decisions of this Court are cited with approval as examples of the meaning of care or control.

[24] The first is *R. v. Thomson* (1940), 75 C.C.C. 141 (N.B.C.A.), in which the accused was found inebriated and sitting behind the wheel of his car. The motor was not running and, in fact, the ignition key was stashed above the sun visor. The accused was convicted at trial but acquitted on appeal because he had no intention of driving. At p. 143 Chief Justice Baxter gave an example of the distinction: “‘care’ is intended to cover such a case as an intoxicated driver placing his vehicle, without applying the brakes, in such a situation that it may run away and occasion danger to the public”. This passage suggests that if there is a risk of the vehicle being put in motion unintentionally, the accused may be convicted of the offence. The other decision of this Court cited in *Toews* is *R. v. Price* (1978), 21 N.B.R. (2d) 532 (C.A.), [1978] N.B.J. No. 91 (QL). The accused in that case drove his car into the ditch and was standing beside the vehicle, with the key in the ignition, when the police arrived. The trial judge’s finding of care or control was affirmed on appeal essentially for the reasons given in *Saunders*. Writing for the Court, Limerick J.A. made the following observations at p. 539:

The mischief sought to be prohibited by the section as expressed by the wording is that an intoxicated person who is in the immediate presence of a motor vehicle with the means of controlling it or setting it in motion is or may be a danger to the public. Even if he has no immediate intention of setting it in motion he can at any instant determine to do so, because his judgment may be so impaired that he cannot foresee the possible consequences of his actions.

[25] The above quote is important because it reaffirms that the legal concept of “care or control” embraces situations in which the accused's possession of a vehicle poses a risk to public safety. The risk arises because an accused who has no intention of driving the vehicle, initially, could change his or her mind. In cases where an accused is found

“sleeping it off” in a vehicle, there is always the risk that the person might awaken from a drunken stupor and decide to drive while under the mistaken notion that he or she is no longer impaired. The trial judge in *Toews* accepted this “change-of-mind” argument and the Supreme Court referred to it at p. 121 of its reasons for judgment. However, by necessary implication, we must assume that the Supreme Court found the argument unpersuasive as the Court upheld the Court of Appeal’s reversal of the trial judge’s conviction. As to the Supreme Court’s reasoning, we are left only with the solitary passage found at pp. 126-127:

The cases cited, however, illustrate the point and lead to the conclusion that acts of care or control, short of driving, are acts which involve some use of the car or its fittings and equipment, or some course of conduct associated with the vehicle which would involve a risk of putting the vehicle in motion so that it could become dangerous. Each case will depend on its own facts and the circumstances in which acts of care or control may be found will vary widely. In *Ford*, the appellant’s vehicle and others were in a field open to the public. A drinking party was in progress in the car, and the appellant had occupied the driver’s seat and had turned on the ignition on various occasions to operate the heater as the party progressed. These facts were considered sufficient to establish care or control. In the case at bar the vehicle was on private property and the respondent was not in occupation of the driver’s seat. He was unconscious and clearly not in *de facto* control. The fact of his use of a sleeping bag would support his statement that he was merely using the vehicle as a place to sleep. There remains the fact that the key was in the ignition and that the stereo was playing. Strangely enough, however, there is no direct evidence that the respondent put the key in the ignition or turned on the stereo, and the evidence is that the last driver of the vehicle was his friend, who drove him to the party and who was to drive him home. I consider that in view of all the circumstances described above no adverse inference should be drawn in this case on the basis of the ignition key evidence alone. It has not been shown then that the respondent performed any acts of care or control and he has therefore not performed the *actus reus*.

[Emphasis is that of Robertson J.A.]

[26] The first sentence of the above passage is often viewed to be of critical significance. Arguably, the placement of the comma before “or some course of conduct” suggests that there are two distinct ways of establishing care or control. First, care or control, short of driving, can be established if there is sufficient interaction between the accused and the vehicle’s “fittings or equipment”. Under this approach, it is unnecessary for the Crown to establish that there was also a risk of danger. Second, the offence of care or control is proven if it can be established that the accused was engaged in a course of conduct associated with the vehicle that would involve the risk of putting the vehicle in motion, which normally entails a risk of danger. Regrettably the Supreme Court does not explain the impact of the full sentence. Instead, it begins to compare and contrast the facts in *Ford* with those in *Toews*. The conclusion ultimately drawn from the facts is that the accused was using the vehicle as a place to sleep and none of the remaining facts, including the presence of the keys in the ignition, were found sufficient to hold otherwise. As to the risk of the accused putting the vehicle in motion, we must accept that the Court was not persuaded that such a risk existed. One wonders why. Was the Supreme Court satisfied that, had the accused awoken from his drunken stupor, there was no risk of him putting the vehicle in motion? Was the Court satisfied that the arrangements the accused had made with respect to being driven home at the end of the evening, coupled with the fact that he was wrapped in a sleeping bag with his head on the passenger side, were sufficient to jettison the change-of-mind argument? There is no ready answer.

[27] In summary, while both *Saunders* and *Ford* support the understanding that “actual or potential danger” is neither an essential element of the offence, nor is the absence of danger a defence, the *Toews*’ decision departs from that understanding by referring to case law that raises the notion that risk of danger is a relevant consideration. Curiously, *Toews* makes no reference to *Saunders* and the only significant reference to *Ford* is for comparative purposes. Moreover, the facts in *Toews* come perilously close to those in *Ford* and yet the accused in *Toews* was acquitted of the offence. This leads one to ask whether the fact that the motor was found running in *Ford*, but not in *Toews*, is a defining feature of the law of care or control in Canada. If so, are we to attribute that defining feature to the comma before the disjunctive word “or” in a solitary passage of

the Supreme Court decision in *Toews*? Surely not. In light of this analytical vacuum, courts have tended to fall back on another sentence from the above passage when addressing the issue of care or control: “Each case will depend on its own facts and the circumstances in which care or control may be found will very widely.”

[28] While the Supreme Court decisions in *Penno* and *Whyte* are not directly on point, there is a passage from each decision that supports the argument that danger is an essential element of the offence. First, there is the oft-cited passage from the reasons for judgment of Chief Justice Lamer (speaking for himself) in *Penno*. He explains the ratio of *Toews* in the following manner (at p. 877):

The law, however, is not deprived of any flexibility and does not go so far as to punish the mere presence of an individual whose ability to drive is impaired in a motor vehicle. In fact, *Toews* stands for the proposition that when a person uses a vehicle in a way that involves no risk of putting it in motion so that it could become dangerous, the courts should find that the *actus reus* was not present.

[29] The other passage is from *Whyte* in which Chief Justice Dickson, writing for a unanimous court, explains the legislative purpose underscoring the statutory presumption. It was adopted by Parliament to make it more difficult for an accused to avoid conviction on the ground that he or she was too impaired to assume control of the vehicle. At the same time the Court concluded that the provision represented a “restrained parliamentary response to a pressing social problem”. At paragraph 49, Chief Justice Dickson wrote:

Parliament has attempted to strike a balance. On the one hand, the Crown need only prove a minimal level of intent on account of the fact that consumption of alcohol is itself an ingredient of the offence. On the other hand, where an accused can show that he or she had some reason for entering the vehicle and occupying the driver's seat other than to drive the vehicle, the accused will escape conviction. Viewed in this light, s. 237(1)(a) constitutes a

minimal interference with the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the Charter.

[Emphasis that of Robertson J.A.]

[30] In my respectful view, there is sufficient ambiguity in the Supreme Court jurisprudence to permit this Court to address the broader policy question of whether danger should be an essential element of the offence. Having regard to the ambiguity and to the fact that the issue at hand has never been squarely addressed by the Supreme Court, I am prepared to proceed as though this were a case of first impression. In reaching this conclusion, I find comfort in knowing that the three lead decisions of the Court are noted for their relative brevity, a fact which supports the view that the Supreme Court was only interested in the narrow issue placed before it. Also, it has not escaped my attention that on no less than three occasions the Supreme Court has refused to grant leave to appeal a finding that danger is an essential element of the offence (discussed below). Admittedly, a refusal to grant leave cannot be equated with an endorsement of the underlying decision. But when the issue is at the heart of the law of “care or control” and divides the appellate courts of this country, and yet leave to appeal is denied in those cases where danger has been deemed an essential element of the offence, an appellate court cannot be faulted for examining the issue anew. So far as the doctrine of *stare decisis* is concerned, I am permitted to limit the binding effect of each Supreme Court decision to the narrow issue actually decided. In *Saunders*, the issue was focused on the statutory definition of “motor vehicle”. In *Ford*, the issue was whether an intention to drive was an essential element of the offence. In *Toews*, the Supreme Court defined the *mens rea* and *actus reus* of the offence while recognizing that the absence of an intent to drive does not by itself afford the accused a full defence. The Crown is entitled to establish actual care or control based on other evidence. Whether that evidence must support a finding of danger is what the case at bar is all about.

V. The Appellate Jurisprudence – Post-*Toews*

[31] Before dealing with the broader policy question of whether danger should be considered an essential element of the offence, I propose to examine some of the post-

Toews jurisprudence, followed by an examination of the two pertinent decisions of this Court. In the years following *Toews*, *Whyte* and *Penno*, no less than four provincial courts of appeal have adopted the position that an inquiry as to “risk of danger” is an essential element of the analytical framework for deciding care or control cases, save in one instance. In cases where the accused is unable to rebut the statutory presumption with respect to the intention to drive, the accused is deemed to have had care or control and, therefore, there is no need to undertake a danger inquiry. Danger is presumed. Subject to that exception, none of the courts found the Supreme Court jurisprudence an impediment to concluding that a finding of danger is an essential element of the offence. The first in time was the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Wren* (2000), 47 O.R. (3d) 544 (C.A.), [2000] O.J. No. 756 (QL), para. 25, leave to appeal refused, [2000] S.C.C.A. No. 235 (QL). That decision represents a direct challenge to *Saunders* as the accused in *Wren* was found sitting in the driver’s seat, inebriated. The car was immovable and inoperable because of the damage sustained after it slammed into a ditch. The accused was acquitted of the offence, having rebutted the presumption that he intended to drive and there being no risk of danger to the public. Compare *Wren* with the earlier precedents: *R. v. Moffatt* (1988), 31 O.A.C. 144, [1988] O.J. No. 1760 (QL), leave to appeal refused, 36 O.A.C. 213n; *R. v. Lackovic* (1989), 29 O.A.C. 382, [1988] O.J. No. 1732 (QL)); and *R. v. Alatyppo* (1983), 4 C.C.C. (3d) 514 (Ont. C.A.), [1983] O.J. No. 55 (QL).

[32] It is important to note that *Wren* does not contradict the Supreme Court’s ruling on the principle issue in *Saunders*: what constitutes a vehicle for purposes of the *Criminal Code*? Far from it. A vehicle that is inoperable is still a motor vehicle and its use may pose a risk of harm to public safety. For example, assume that a vehicle has no motor or that it is out of gas. Assume also that the accused is apprehended pushing the vehicle onto a public thoroughfare. The fact that the vehicle is inoperable would not provide the accused with a defence. In these circumstances, the inoperable vehicle poses a risk of danger because it is moveable: *R. v. Vansickle*, [1988] O.J. No. 2935 (Dist.Ct.)(QL), leave to appeal denied [1990] O.J. No. 3235 (C.A.)(QL). See generally: *R. v. Wren*, *supra*; *R. v. McBrine*, [2007] O.J. No. 142 (QL), 2007 ONCA 25; *R. v. Trinder*, [2004] O.J. No. 1969 (QL), 2004 ONCJ 37; *R. v. Hayes* (2007), 253 N.S.R. (2d) 235, [2007] N.S.J. No. 96

(QL), 2007 NSSC 74; *R. v. Ringuet*, [2006] J.Q. No. 15532 (QL), 2006 QCCS 6549; *R. v. Buckley* (2002), 221 Sask.R. 152, [2002] S.J. No. 409 (QL), 2002 SKQB 281; *R. v. Sharun* (2000), 81 Alta. L.R. (3d) 267, [2000] A.J. No. 400 (QL), 2000 ABQB 229; *R. v. Van Oosterhout*, [2004] O.J. No 5149 (QL), 2004 ONCJ 328; and *R. v. Swann*, [2002] O.J. No. 4488 (Sup.Ct.)(QL).

[33] The *Wren* decision was applied by the majority of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal at para. 24 of *R. v. Decker* (2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, [2002] N.J. No. 38 (QL), 2002 NFCA 9, leave to appeal refused, [2002] S.C.C.A. No. 145 (QL). The Court of Appeal held that as general rule danger is an essential element of the offence. The accused in that case was acquitted in circumstances where he was found behind the wheel of his vehicle, impaired, with the motor running. In *R. v. Burbella* (2002), 166 Man.R. (2d) 199, [2002] M.J. No. 355 (QL), 2002 MBCA 106, para. 22, the Manitoba Court of Appeal had before it a factual scenario similar to that in *Wren* and adopted the same legal position. Finally, in *R. v. Shuparski* (2003), 232 Sask.R. 1, [2003] S.J. No. 147 (QL), 2003 SKCA 22, leave to appeal refused, [2003] S.C.C.A. No. 167 (QL), the Saskatchewan Court of Appeal held at para. 18 that: “Whatever doubt some of the jurisprudence has raised over the need for an element of ‘dangerousness’ has, in my respectful view, been dispelled by [*Wren, Decker and Burbella*]. I note that *Wren* was cited by the dissenting justice in *R. v. MacAulay* (2002), 218 Nfld. & P.E.I.R. 312, [2002] P.E.I.J. No. 101 (QL), 2002 PESCAD 24, but that case offers a unique fact situation. Before the police were asked to intervene, a third party had taken the keys from the ignition while the accused was sleeping-it-off. The legal issue focused on the statutory presumption and the time for assessing whether the accused had an intention to drive.

[34] On the other hand, there are four post-*Toews* appellate decisions that support the Crown’s contention that “danger” is not an essential element of the offence. However, all were decided prior to *Wren* and only one of the decisions expressly asks the question whether danger is or should be an essential element of the offence. In *R. v. Decker, supra*, the dissenting justice indicated that simply placing the key in the ignition was sufficient control to trigger s. 253 of the *Criminal Code*. Relying on *Saunders*, he

opined that that there is no need for the Crown to demonstrate an additional “risk of danger”. The second case that supports the Crown’s argument is *R. v. Green* (1989), 100 A.R. 131 (C.A.), [1989] A.J. No. 1002 (QL). As the facts of that case closely resemble those under consideration, it is only fair to repeat what is stated in the appeal court’s “Memorandum for Judgment”. The accused was staying overnight at a hotel following an evening of drinking. At 6:00 a.m., the accused, while still in a state of inebriation, went to his vehicle located in the hotel parking lot to retrieve some documents needed for work. Although his wife had called a cab for him, for some unexplained reason the accused started his truck, then turned the motor off, got out and locked the doors. He was already heading back to the hotel when the police intervened. The Crown did not rely on the statutory presumption, and it was accepted that “there [was] no reason to believe that [the accused] did not intend to go to work in that cab.” The majority concluded that the *actus reus* was completed when the engine was started as that was when the “risk of putting the vehicle in motion” arose. In other words, there is no need to undertake a risk inquiry, as the acts themselves were sufficient to deem the presence of danger. However, *Green* appears to conflict with two subsequent decisions of the Alberta Court of Appeal: *R. v. Gent*, [1997] A.J. No. 72 (C.A.)(QL) and *R. v. Friesen*, [1991] A.J. No. 811 (C.A.)(QL), the facts of which are reported in *R. v. Ganpatt* (1995), 177 A.R. 311 (Q.B.), [1995] A.J. No. 1139 (QL). Note also that in *R. v. Armstrong*, [2005] A.J. No. 623 (QL), 2005 ABCA 195, the accused sought leave to appeal to the Alberta Court of Appeal on the ground that the *Green* decision conflicted with the Saskatchewan Court of Appeal’s decision in *Shuparski*. A single judge of the Alberta Court of Appeal dismissed the application on the basis that there was no conflict.

[35] The third case which, on its facts and in the result, supports the Crown’s position is *R. v. Lockerby* (1999), 180 N.S.R. (2d) 115, [1999] N.S.J. No. 349 (QL), 1999 NSCA 122. The accused and friends had been drinking and were driven to a restaurant by a friend of the accused. When they arrived, the driver placed the transmission in neutral with the parking brake engaged, got out of the vehicle and entered the restaurant to look for other friends. While still in the vehicle, the accused and the other occupants decided that they would eat at the restaurant regardless of whether the other friends were

found inside. The accused then moved to the driver's seat to place the transmission in park and turn the motor off. This was done without moving the car. The police approached the accused while he was still sitting behind the wheel of the vehicle. At trial, the accused admitted that he could have changed his mind about driving. The trial judge found that the accused had not occupied the driver's seat for the purpose of putting the vehicle in motion and, therefore, the statutory presumption had been rebutted. However, the accused was convicted of having actual care or control based on the facts outlined. The accused's appeals to the summary conviction appeal court and the Court of Appeal respectively were dismissed. The Court of Appeal held that "[a] person who has the present ability to operate the vehicle, who has its superintendence or management, is in control of it." It remains to be decided whether this statement was meant to reject the notion of danger as an essential component of the offence.

[36] The fourth case that supports the Crown's contention that danger is not an essential component of the offence is *R. v. Rousseau* (1997), 121 C.C.C. (3d) 571 (Q.C.C.A.), [1997] J.Q. No. 3925 (QL). The accused was found asleep and impaired behind the wheel, with the motor running and the gear lever in park. He had pulled over in order to sleep-it-off. The Crown elected not to invoke the statutory presumption, arguing that care or control could be established having regard to the accused's use of the car's fittings and equipment. The argument was rejected at trial and the accused was acquitted. The decision of the summary conviction appeal court judge, overturning the trial judge, was affirmed on appeal to the Quebec Court of Appeal. In its reasons, the Court of Appeal had this to say at pp. 575-76 [TRANSLATION]: "Care or control of an automobile is the exercise in fact of a legal prerogative. It is the use of a vehicle or its fittings or equipment in the manner authorized by ownership or possession. The element of risk or public danger which is inferred from the relevant sections of the *Criminal Code* results from the co-existence of two factors: impairment by alcohol or drugs and the fact that the accused consciously puts himself in a position which may become dangerous." As I read this passage, the Crown need not prove danger. Danger is to be inferred. *Quaere*: whether on the facts of the case, the accused would have been found guilty even

if danger had been considered an essential component of the offence. See discussion below.

VI. The New Brunswick Jurisprudence / The Sleeping-it-Off Cases

[37] Before turning to the two decisions of this Court that bear on the issue at hand, it is necessary to offer an overview of the arguments and counterarguments that arise in the context of the “sleeping-it-off” jurisprudence. I do so in order to provide context to the New Brunswick cases, both of which involve this factual pattern, as do *Decker* and *Shuparski*, referred to above. Those decisions build upon the legal argument first advanced and implicitly accepted in *Toews*. The case law, arguments and issues have been canvassed thoroughly in three relatively recent decisions: *Hannemann* is one, another is *R. v. Smith* (2005), 235 N.S.R. (2d) 253, [2005] N.S.J. No. 307 (QL), 2005 NSSC 191, and finally there is the decision of the summary conviction appeal court judge in *R. v. Ogrodnick* (2006), 393 A.R. 6, [2006] A.J. No. 340 (QL), 2006 ABQB 91, reversed on appeal, (2007), 409 A.R. 56, [2007] A.J. No. 514 (QL), 2007 ABCA 161, application for leave to appeal dismissed, [2007] S.C.C.A. No. 324 (QL). As these three cases offer an extensive analysis of the issues and the jurisprudence, it is easier to explain their legal significance by outlining the arguments and issues that typically arise in the sleeping-it-off jurisprudence.

[38] The typical sleeping-it-off case is one in which the police find the accused inebriated and sleeping behind the wheel of his vehicle. (I cannot recall a care or control case where the accused was a female.) Sometimes the motor is running and sometimes it is not. Invariably, the accused is able to rebut the statutory presumption by persuading the trial judge that he did not occupy the driver's seat for the purpose of putting the vehicle in motion (driving). He simply wanted to sleep it off. If at the time the police intervened the motor was running, the accused will maintain that it was for the purpose of generating necessary warmth (the vehicle as “bedroom and heater” defence). Irrespective of whether the motor was running, the Crown will counter with the argument that there was still a risk of the accused putting the vehicle in motion. But for the intervention of the police, the

accused might have awoken from his drunken stupor and decided to drive while under the mistaken belief that he was no longer impaired. The Crown contends that a person who is sleeping it off and subsequently awakens is in no position to assess his or her own sobriety and cites, for example, *R. v. Shave*, [2005] M.J. No. 16 (Prov.Ct.)(QL), as a practical illustration of this point. But the debate does not end here.

[39] The accused responds to the Crown's change-of-mind argument with several counterarguments. First, the accused insists that even if the change-of-mind argument represents a valid concern, the existence of the concern is not by itself a sufficient basis for entering a conviction under s. 253. To hold otherwise would mean that the law is prepared to convict a person on the threshold standard of “mere possibility”. With respect to this particular argument, the accused properly cites *Toews* as an example of a case in which that threshold standard was implicitly rejected. Second, applying *Toews*, it is argued that the trial judge must take into account all of the circumstances when evaluating the risk of the accused undergoing a change of mind with respect to putting the vehicle in motion. To that end, the typical accused will attempt to persuade the trial judge that the attendant facts do not support the understanding that, but for the intervention of the police, he would have acted irrationally and changed his mind about driving. To undermine the change-of-mind argument, the accused will offer evidence to establish that adequate measures were taken to diminish the risk to public safety, such as that he had made firm arrangements to have someone else drive the vehicle home, or that he had already called a cab and was waiting to be picked up when the police arrived (the “firm plan” defence).

[40] In *Hanneman*, Justice Hill offers an exhaustive analysis of the case law. He observes at para. 51 that in cases where the accused was found sleeping it off with the engine running, five appellate courts, between 1986 and 2000, sustained findings of care or control: “Turning on the ignition amounts to a substantial act involving a vehicle’s fittings or equipment - conduct almost always characterized as an act of care or control”. However, Justice Hill goes on to conclude that in none of the appellate decisions was there a “firm or detailed plan of any sort countering the prospect that the accused could, at

any time, awaken and in an impaired state misjudge recovery to drive.” By contrast, the accused in the appellate decisions of *Decker* and *Shuparski* were acquitted because of the acceptance of the so-called “firm plan” defence. More recently, the defence was found wanting in another appellate decision, *Ogrodnick*. Arguably, the jurisprudence reveals a subtle but perceptible difference in judicial attitudes when it comes to deciding this kind of case and, in particular, when it comes to evaluating the firm-plan defence. However, each case must be decided on its own facts. It falls on the accused to convince the trial judge that the counterargument/defence outweighs the Crown’s contention that someone found sleeping it off in a vehicle is in no position to maintain that he or she was exercising sound judgment. Accepting all of this to be so, what is clear is that danger is being regarded as an essential element of the offence. The fact that the accused was found inebriated, or with a blood-alcohol level exceeding the statutory limit, in the front seat, with the motor running is no longer determinative.

[41] I am now in a position to address the two New Brunswick cases decided post-*Toews*. The first in time is *R. v. Diotte* (1991), 115 N.B.R. (2d) 195 (C.A.), [1991] N.B.J. No. 323 (QL). The facts are straightforward. The police came upon a car parked sideways in the middle of a public street and blocking one lane of travel. The accused was asleep in the front seat, with his head on the passenger side and his feet in the area of the gas and brake pedals. He was also inebriated. At trial, the accused was acquitted and the appeal to the summary conviction appeal court judge was dismissed. The appeal to this Court was allowed. Chief Justice Stratton elaborated, at pp. 204-205, on what is meant by “risk to public safety”:

I think it is a reasonable inference from the established facts that the position of the motor vehicle on the thoroughfare presented an immediate hazard and danger to the members of the public using it. Moreover, as Mr. Diotte had the immediate capacity and means of operating the vehicle, it is my opinion that there existed in this case the risk that Mr. Diotte would put the vehicle in motion and it would become a greater danger to the public.

[42] As I read *Diotte*, a conviction under s. 253 would have been justified on two bases. First, the placement of the accused's vehicle in the middle of a public thoroughfare gave rise to an immediate hazard and danger to the public. In other words, *Diotte* supports the understanding that irrespective of whether there was a risk of the vehicle being put in motion, a risk to public safety can arise in other ways. Thus, for example, the inebriated person sitting on the side of the road with keys in pocket, his or her vehicle in the middle of the highway, its engine turned off, emergency brake engaged and the transmission placed in "Park", is going to find it difficult to avoid a conviction under s. 253 of the *Criminal Code*. While an accused may establish that he or she had no intention of driving or that there was no risk of putting the vehicle in motion, either intentionally or otherwise, the placement of the vehicle on a public thoroughfare is sufficient for establishing that the accused's interaction with the vehicle posed an immediate risk to public safety.

[43] The second basis on which the accused in *Diotte* was convicted can be tied to the understanding that as the accused had the capacity to operate his vehicle, and even though he was found asleep in the front seat, he posed a danger or risk to public safety. That finding is unassailable given the absence of any evidence to support the "firm plan" defence, which was never advanced in *Diotte*.

[44] The other relevant decision of this Court is *R. v. Clarke (P)* (1997), 188 N.B.R. (2d) 123 (C.A.), [1997] N.B.J. No. 154 (QL). In that case, the police found the impaired accused asleep at the wheel of his vehicle. The car was found parked in a parking lot, with its engine running and its lights on. The accused was convicted at trial, but that decision was reversed by the summary conviction appeal court judge on the basis that the accused did not pose a danger to others because he had no intention of driving. This Court properly restored the conviction. Writing for the Court, Justice Bastarache (now of the Supreme Court) endorsed *Diotte* while elaborating on the required elements of the offence (at paras. 8 and 9):

The care and control offence lies not in the intention to drive the vehicle, but in voluntarily becoming intoxicated and in taking some actions by which the offender is involved with the vehicle in a way which may cause danger to the public. ...

There is no necessity of proving that the offender was posing an immediate danger to the public in order to find him guilty. It is the possibility that the vehicle may be put in motion, intentionally or unintentionally, by a person who is intoxicated, that poses a problem of public safety. ...

[45] Nowhere in *Clarke* does it say that danger is not an essential element of the offence. Admittedly, one can safely presume that danger is present once it is established that the accused was found sitting behind the wheel with the motor running, having regard to the risk of the accused changing his or her mind about driving. As in *Diotte*, there is no indication that the accused advanced the firm-plan defence. In the absence of such an argument it is going to be presumed that someone who is inebriated and found sleeping behind the wheel of their car poses a danger to public safety. But this does not mean that danger is not an essential element of the offence.

VII. Should Danger be an Essential Element?

[46] Having determined that it is open to this Court to decide whether danger is an essential element of the offence, the question remains whether this Court should follow the lead of the other appellate courts that have decided in the affirmative. My position is not complicated. If danger is not already an essential element of the offence, it should be, with one exception. In cases where the Crown invokes the statutory presumption and the accused is unable to rebut it, the accused is deemed to have care or control of the vehicle pursuant to s. 258(1)(a) of the *Criminal Code*. Hence, there is no need to embark on a danger inquiry. This leads us to identify valid policy reasons for accepting that danger is otherwise an essential element of the offence. I begin with the proposition that such an element is consistent with the purpose and objectives of the legislation. The provisions of the *Criminal Code* dealing with impaired driving have as

their immediate objective the elimination of harm to the public. Section 253 makes it an offence to operate a vehicle (drive) when one's ability to do so is impaired by alcohol or, if the vehicle is not in motion, to have care or control of it. This provision empowers police officers to detain and arrest those who pose an immediate or potential threat to public safety. Those caught driving while impaired represent the immediate threat. Those who have care or control represent a potential threat or risk of harm. The elimination of danger or risk of harm is central to the objectives of the legislation. Hence, one would assume that if a person's interaction with his or her vehicle did not pose an immediate or potential risk of harm or risk to public safety, a conviction under s. 253 would not fall within the objectives of the legislation. In other words, courts should not be convicting those who do not represent this threat. Legally, it makes no sense to eliminate danger as an essential component of the offence and to insist that a conviction can rest on the extent of the accused's interaction with the vehicle's fittings or equipment (the "sufficient interaction" test). Intuitively, every lay person knows that someone sitting drunk behind the wheel of car, with the motor running, has care or control of the vehicle, but it falls to the legally trained to explain why in criminal law the concept of care or control involves more.

[47] It is easier to defend the position that danger should be an essential element of the offence by attacking the validity of the sufficient-interaction test for assessing care or control. It seems draconian in the age of the *Charter* to hold that a person may be convicted of having care or control of a vehicle while impaired, even though the accused had no intention of putting the vehicle in motion and the facts do not otherwise support a finding of risk to public safety. To hold that neither the intent to drive nor the presence of danger is an essential element of the offence is to risk the criticism that the offence bears too close a resemblance to an absolute liability offence. Admittedly, the *mens rea* for the offence persists (the intent to assume care or control after the voluntary consumption of alcohol), but the notion that the accused cannot speak to his or her presence in a vehicle while in a state of inebriation is arguably inconsistent with fundamental principles of criminal law. Indeed the whole purpose of having the statutory presumption set out in s. 258(1)(a) of the *Criminal Code* is to protect the public

interest without exposing an accused to an absolute liability offence. Chief Justice Dickson wrote in *Whyte* at paragraph 47:

This history shows that there is a serious problem with the mental element of this offence, because the fact of intoxication itself raises doubts about the accused's mental state and ability to form an intention. The presumption was created by Parliament in response to that history. On the one hand, it was repugnant to theories of criminal liability that a person could be convicted of an absolute liability crime, with no possibility of a defence based on the mental state of the accused. On the other hand, as the Minister of Justice commented, it is shocking to hear that an accused could be acquitted of an offence for which consumption of alcohol is a required element, because he was too intoxicated to be guilty. The presumption was added to resolve the problems caused by both of these alternatives. Parliament wished to discourage intoxicated people from even placing themselves in a position where they could set a vehicle in motion, while at the same time providing a way for a person to avoid liability when there was a reason for entering the vehicle other than to set it in motion. The position adopted is admittedly a compromise. It is an attempt to balance the dangers posed by a person whose abilities to reason are impaired by alcohol with the desire to avoid absolute liability offences. It is an attempt by Parliament to recognize that alcohol, because of its effects on the reasoning process, may in some cases require a special treatment, while avoiding absolute liability offences.

[Emphasis that of Robertson J.A.]

[48] It has not escaped my attention that once the sufficient-interaction test (starting the motor) is accepted as a means of establishing care or control, the Crown no longer needs to rely on the statutory presumption in cases where the accused is found in the driver's seat. Indeed, in *Rousseau*, the Crown elected not to rely on the presumption, presumably for the reason that it is easier to establish guilt. There is no purpose to invoking the statutory presumption and asking the accused to establish that he or she had no intention of driving if all that the law requires is proof of three simple facts: the accused was inebriated, the accused was found sitting behind the wheel, and the motor

was running. What is troublesome, however, is that the sufficient-interaction test has the effect of defeating one of the legislative purposes underscoring the statutory presumption: to ensure that s. 253 of the *Criminal Code* does not become an absolute liability offence.

[49] The sufficient-interaction approach or test for determining care or control is also misleading. Let me explain. If the Crown is permitted to establish care or control by showing a sufficient interaction between the accused and the vehicle's fittings or equipment then a question logically arises: what constitutes sufficient interaction for the purposes of establishing guilt? If one reviews the jurisprudence, there is only one obvious answer: when the accused starts the motor. The case law indicates that the placement of the key in the ignition is by itself insufficient to sustain a finding of guilt and the same holds true with respect to the operation of the car stereo: *Toews*. We also know that the use of a taxi radio to report an accident does not lead to criminal liability: *Whyte* at p. 19 referring to *Appleby*. This leaves us with only one other obvious act: starting the motor to the vehicle over which care or control is being alleged. But why is this act alone sufficient for purposes of establishing care or control? I have no answer to that question. Nor has anyone attempted to explain why the law should not look into all of the circumstances leading up to the accused's arrest before deciding whether care or control has been established.

[50] If I am correct in my assertion that the sufficient-interaction test is not truly a test, but rather a declaration that any one who is found drunk behind the wheel of their vehicle with the motor running is guilty of the offence, then it is clear that the so-called test is open to a further criticism: it leads to arbitrary results. The following hypothetical bears out this allegation. The local Legion closes its doors at 1:00 a.m. and the temperature is thirty below. Before leaving, the impaired patron phones home and arranges with a family member to be picked up within the next twenty minutes. The accused then goes to his car, places himself behind the wheel and starts the engine to keep warm while waiting to be picked up. In the interim, the police arrive on the scene and approach the accused, who is still sitting in the front seat. A minute later, the family member drives up and parks beside the two cars. According to the Crown, the accused

would have to be found guilty because he was observed by the police sitting behind the wheel with the engine running. In effect, the Crown would insist that the accused does not have the right to explain the circumstances surrounding his decision to enter the vehicle and start the engine in an impaired state. Now, alter one fact of the hypothetical. Rather than the accused having started the vehicle before the police arrived on the scene, assume that the accused merely placed the keys in the ignition. From the Supreme Court's decision in *Toews*, we know that a conviction would not automatically follow. The accused would be permitted to advance the firm-plan defence to the Crown's change-of-mind argument. On similar facts, the accused in *R. v. Friesen, supra*, was acquitted of the offence. In my view, the difference between placing the keys in the ignition and using them to start the vehicle's motor cannot be the determinative factor. Both the distinction and the legal outcome fall within the classification of "arbitrary". There is no juridical reason for allowing the distinction to bring about different results.

[51] Finally, on a positive note, danger as an essential element of the offence provides a unifying thread which promotes certainty in the law while balancing the rights of an accused with the objectives of the legislation. At present, the data base of Quick Law tells us that there are more than 3,000 care or control cases. It also tells us that it stops counting once the number exceeds 3,000. This is one area of the law that impacts on the daily lives of Canadians who otherwise would never enter the criminal justice system. The financial consequences of a conviction may have something to do with the numbers. But regardless of the reasons for the sheer volume of cases, the law should ensure that like cases are treated alike. As Justice Hill adroitly observed at para. 44 of *Hannemann*: "[w]hile there are limits to the utility of case-to-case comparisons when each prosecution arises from its own unique facts, a certain organized and unambiguous law should produce like results. While acts of care or control may vary widely, and each case is fact-driven, principled line-drawing should be the objective of a rational legal regime." I agree, and the way to achieve that objective is to accept that danger is an essential component of the offence.

VIII. Analysis - Application

[52]

Accepting that danger is an essential element of the offence of having care or control of a vehicle, it is still incumbent on this Court to apply the proper analytical framework to determine whether the trial judge erred in acquitting the appellant. My understanding of the law is as follows. In care or control cases, the ultimate task of the trial judge is to decide whether the Crown has met the burden of establishing beyond a reasonable doubt that the accused's interaction with his or her vehicle presented a danger or, as it is sometimes phrased, a "risk of danger" or a "risk to public safety". If the facts establish beyond a reasonable doubt a risk of the accused putting the vehicle in motion, either intentionally or unintentionally, or if the facts otherwise support a finding of danger (such as from parking one's car in the middle of a public thoroughfare), then care or control will have been established. Obviously, this is a general framework. While an intention to drive (to put the vehicle in motion) is not an essential element of the offence, if proven a conviction may follow. In that regard, the Crown has the option of invoking the presumption set out in s. 258(1)(a) of the *Criminal Code*. If it is established that the accused occupied the driver's seat, the onus falls on the accused to show that, on a balance of probabilities, it was not for the purpose of setting the vehicle in motion. An accused who fails to rebut the presumption will be deemed to have had care or control of the vehicle and, subject to any other defences, a conviction will follow. Moreover, the failure to rebut the presumption has the legal effect of dispensing with the need to conduct a danger inquiry. If, however, the accused rebuts the presumption, the Crown is still entitled to establish "actual" care or control by proving that there was a risk of putting the vehicle in motion unintentionally or of posing in some other manner an immediate danger to public safety (see *Decker* and *Hannemann*). In applying this general framework, the trial judge must have regard to all of the surrounding circumstances leading up to the intervention, typically by the police. Above all else, it is impermissible for the trial judge to isolate certain facts and to deem those facts sufficient for purposes of establishing a risk to public safety. One final point. With respect to the "sleeping it off" cases, the "change-of-mind" and "firm-plan" arguments are sometimes advanced and considered when dealing with the question whether the statutory presumption has been

rebutted (*e.g.*, *Hannemann*). In other cases, the trial judge may deal with those arguments after first ruling that the accused rebutted the presumption of an intention to drive. Either way, the result should be the same.

[53] Returning to the present case, the Crown elected to invoke the statutory presumption and was able to establish that the appellant had occupied the driver's seat while his blood-alcohol level exceeded the statutory limit. In turn, the trial judge accepted the appellant's argument that he had not occupied the driver's seat for the purpose of setting his vehicle in motion. As that finding has never been challenged at any court level, the Crown is left with two arguments: the circumstances were such that there was a risk of the appellant putting his vehicle in motion unintentionally, or the surrounding circumstances were such that the accused's interaction with the vehicle posed a risk to public safety. Neither argument was advanced at trial and for an obvious reason: there are no facts to support either. As well, the Crown made no attempt to argue that, between the moment the appellant started the truck's engine and the moment he shut it off, there was a risk of the appellant changing his mind and driving away. Had the argument been advanced, I would have summarily rejected it as being unrealistic or spurious. However, had the facts established that the appellant turned off the motor and got out of his truck in order to avoid the police, the trial judge may well have come to a different verdict. But, as stated at the outset, courts of appeal must play the hands dealt by the trial judge, unless, of course, palpable and overriding error is shown.

IX. Conclusion

[54] In conclusion, the summary conviction appeal court judge erred in misapprehending the legal basis on which the trial judge acquitted the appellant. Correlatively, the trial judge did not err in law or in fact in acquitting the appellant. Accordingly, in accordance with s. 839(1) of the *Criminal Code*, the application for leave to appeal and the appeal should be allowed. The decision of the summary conviction appeal court judge should be set aside and the decision of the trial judge reinstated and affirmed.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] L'appelant prenait un verre dans un bar de la région lorsqu'un autre client l'a informé que les phares de son camion étaient restés allumés. L'appelant est sorti, est allé jusqu'à son véhicule et a fait démarrer le moteur pour voir si la batterie était à plat. Dès que le moteur a tourné au ralenti, il a éteint les phares et coupé le contact, est descendu de son camion et s'est dirigé vers le bar. Tout cela s'est passé en l'espace d'une ou deux minutes et sans que l'appelant sache qu'un policier l'observait. Comme l'appelant était sur le point d'entrer de nouveau dans le bar, il a été abordé par le policier et a ultérieurement été accusé d'avoir eu « la garde ou le contrôle » de son véhicule pendant que son alcoolémie dépassait la limite légale. Cette infraction est énoncée à l'al. 253*b*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. L'appelant a été acquitté au procès mais cette décision a été infirmée en appel devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires.

[2] Le présent appel soulève une question fondamentale : le « danger » est-il un élément essentiel de l'infraction? L'appelant prétend que pour pouvoir conclure qu'il y a eu « garde ou contrôle », il faut que l'interaction de l'accusé avec le véhicule ait constitué un « danger » ou, selon les expressions qui sont parfois employées, un [TRADUCTION] « risque de danger » ou un [TRADUCTION] « risque pour la sécurité publique ». Pour s'acquitter de ce fardeau, le ministère public doit établir qu'il existait un risque que l'accusé mette le véhicule en marche, volontairement ou involontairement, ou encore, les faits doivent par ailleurs étayer une conclusion de danger (par exemple le fait de stationner son véhicule au milieu d'une voie publique). Dans ce cadre général, le juge du procès a déclaré l'appelant non coupable. L'appelant n'avait nullement l'intention de conduire et les faits n'étaient pas par ailleurs une conclusion selon laquelle son interaction avec son véhicule a constitué un risque pour la sécurité publique. Le ministère

public rétorque qu'une conclusion de danger n'est pas un élément essentiel de l'infraction et que tout ce qu'il est tenu de prouver, c'est que l'appelant a accompli des actes suffisants ayant trait à l'utilisation des « accessoires » du véhicule. Ainsi, une personne qui met le moteur de son véhicule en marche pendant que sa capacité de conduire est affaiblie est, sans plus, coupable de l'infraction. Le ministère public invoque le critère de [TRADUCTION] « l'interaction suffisante » et prétend que dès que l'appelant a mis le moteur de son camion en marche, l'infraction a été consommée.

[3] Cette affaire est difficile pour deux raisons. Premièrement, les décisions clefs de la Cour suprême sont difficilement conciliables à moins que l'on ne soit disposé à limiter la valeur de précédent de chacune à la question restreinte dont la Cour était véritablement saisie. Deuxièmement, les tribunaux d'appel intermédiaires de notre pays sont divisés sur la question de savoir si le danger est un élément essentiel de l'infraction. Ces dernières années, savoir depuis 2000, les cours d'appel de l'Ontario, de Terre-Neuve-et-Labrador, du Manitoba et de la Saskatchewan ont répondu à cette question par l'affirmative. Dans trois des quatre instances en question, une autorisation d'appel devant la Cour suprême a été demandée et, les trois fois, refusée. D'un autre côté, il existe une jurisprudence provenant des cours d'appel de l'Alberta, de la Nouvelle-Écosse et du Québec qui appuie la position du ministère public. Toutes ces instances ont été tranchées avant 2000.

[4] Il s'agit, pour notre Cour, d'une question inédite. Je conclus que la jurisprudence de la Cour suprême est suffisamment ambiguë pour permettre à notre Cour de suivre l'exemple des ressorts où les tribunaux ont estimé qu'une conclusion de « danger » est un élément essentiel de l'infraction sauf dans un cas (savoir lorsque la présomption législative voulant qu'il y ait eu une intention de conduire n'est pas réfutée). Si le danger n'est pas déjà un élément essentiel de l'infraction, il devrait l'être. La notion de danger est le courant unificateur qui favorise la certitude au sein de la jurisprudence tout en assurant l'équilibre entre les droits de l'accusé et les objectifs du texte législatif.

[5] En résumé, le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit. Il y a donc lieu d'accueillir à la fois la demande d'autorisation et l'appel et de rétablir l'acquittement inscrit au procès. Je m'empresse d'ajouter que pour le cas où mon interprétation du droit applicable serait erronée, et où le ministère public aurait raison, il faudrait revenir sur une jurisprudence canadienne récente plutôt abondante. Habituellement, les instances s'inscrivent dans l'une ou l'autre de deux catégories : (1) celles dans lesquelles le véhicule [TRADUCTION] « n'est pas en état d'être conduit » ou [TRADUCTION] « de se déplacer » et (2) celles dans laquelle l'accusé a été trouvé en train de [TRADUCTION] « cuver son alcool », le plus souvent pendant que le moteur tournait. Si nous souscrivons à la prétention du ministère public, il devrait s'ensuivre que la plupart de ces instances ont aussi été tranchées d'une façon erronée.

II. Les faits

[6] Comme cela est vrai dans chaque instance, les conclusions qu'a tirées le juge du procès sur les faits et la crédibilité sont déterminantes aux fins de l'application des principes pertinents. Le soir en question, les policiers ont reçu un appel d'un automobiliste furieux qui s'était fait couper le chemin par un autre véhicule. Puisqu'ils avaient une description de ce véhicule et de l'endroit où il était susceptible de se trouver, les policiers ont réussi à retrouver le camion de l'appelant en moins de vingt minutes. Il était garé dans le stationnement d'un bar de la région. L'agent de police qui l'a retrouvé a garé son véhicule à quelque 150 à 200 pieds du véhicule de l'appelant afin, en apparence, de remplir de la paperasse. Quelques minutes plus tard, il a entendu quelqu'un faire démarrer le camion de l'appelant. Les phares du véhicule étaient allumés et l'appelant était au volant. Quelques secondes plus tard, l'appelant a coupé le contact et éteint les phares, est descendu du véhicule et s'est dirigé vers l'entrée du bar. À ce moment-là, le policier est descendu de son véhicule et a demandé à l'appelant de s'arrêter. L'appelant a obtempéré et peu après, il a été mis en état d'arrestation pour l'infraction qui fait l'objet du présent appel, savoir avoir eu « la garde ou le contrôle » de son véhicule à un moment où son alcoolémie dépassait la limite légale, infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel*.

[7] Le juge du procès a souscrit au témoignage de l'appelant en ce qui concerne les circonstances qui ont précédé son arrestation. L'appelant a témoigné que lorsqu'il était entré dans le bar la première fois, il avait pris des dispositions avec le barman afin que celui-ci le ramène chez lui ce soir-là. Il a également témoigné que pendant qu'il se trouvait dans le bar, un autre client lui avait dit que les feux arrières de son camion étaient allumés. L'appelant a témoigné que l'interrupteur des phares du véhicule fonctionnait mal, de sorte que les phares restaient allumés même après que le bouton eut été mis sur la position fermé. Par suite du renseignement que lui avait donné l'autre client du bar, l'appelant est sorti et s'est rendu jusqu'à son véhicule, est monté dedans et a fait démarrer le moteur dans deux buts : savoir si la batterie était à plat et vérifier si les phares s'éteindraient. Dès que le moteur a tourné au ralenti, l'appelant a appuyé sur l'interrupteur des phares et ceux-ci se sont éteints. Comme nous l'avons dit plus tôt, l'appelant a alors coupé le contact, est descendu du véhicule et s'est dirigé vers le bar. Le juge du procès a conclu que l'appelant n'était resté dans son véhicule que pendant un [TRADUCTION] « bref moment » et que tous les événements pertinents avaient eu lieu en l'espace [TRADUCTION] d'« une minute ou deux ». Le juge du procès a accepté l'ensemble du témoignage de l'appelant, y compris la prétention selon laquelle il avait pris des dispositions afin que le barman le ramène, ainsi que son camion, chez lui. Le fait que le barman n'ait pas témoigné n'a pas eu d'incidence sur l'appréciation que le juge du procès a faite de la crédibilité de l'appelant.

[8] La présente instance comporte un aspect factuel que je considère être d'une importance cruciale. Personne n'a laissé entendre ou prétendu que l'appelant était conscient de la présence du policier dans le stationnement, que ce soit avant qu'il ne monte dans son camion afin d'éteindre les phares et de voir si la batterie était à plat ou au moment où il est descendu de son camion. Par conséquent, nous devons écarter de la situation factuelle qui nous occupe la notion selon laquelle l'appelant aurait précipitamment quitté le véhicule dans le but d'échapper à une accusation portée en vertu de l'al. 253b) du *Code criminel*. S'il avait conclu qu'en fait, l'accusé est descendu du véhicule dès qu'il s'est rendu compte que la police le surveillait, le juge du procès aurait fort bien pu parvenir à une conclusion différente en ce qui concerne à la fois la crédibilité

de l'appelant et la présomption législative. D'après ces faits, le juge du procès aurait pu statuer que l'appelant avait occupé la place du conducteur dans le but de mettre le véhicule en marche. Néanmoins, le droit nous rappelle constamment de trancher chaque instance conformément aux conclusions du juge du procès.

III. Les décisions des juridictions inférieures et l'erreur commise

[9] L'appelant a été accusé en vertu de l'al. 253b) du *Code criminel*. En bref, cet alinéa dispose que la personne qui a la garde ou le contrôle d'un véhicule, que celui-ci soit en mouvement ou non, commet une infraction lorsque son alcoolémie dépasse la limite fixée par la loi. Depuis le début, les parties s'entendent pour reconnaître que l'alcoolémie de l'appelant dépassait la limite légale. En ce qui concerne les autres éléments de l'infraction, le juge du procès a tiré deux conclusions fondamentales. En premier lieu, il a statué que l'appelant avait réussi à réfuter la présomption de garde ou de contrôle énoncée à l'al. 258(1)a) du *Code criminel*. Dès lors que le ministère public établit, par prépondérance de la preuve, que l'accusé occupait la place du conducteur, cette présomption s'applique à moins que l'accusé n'établisse qu'il n'occupait pas cette place dans le but de mettre en marche le véhicule. Le juge du procès a statué que l'appelant n'avait pas l'intention de le mettre en marche et le ministère public intimé n'a jamais contesté cette conclusion. Toutefois, l'analyse juridique ne saurait s'arrêter là puisque l'intention de mettre un véhicule en marche n'est pas un élément essentiel de l'infraction. Le ministère public a le droit d'établir qu'il y a [TRADUCTION] « réellement » eu garde ou contrôle. À cette étape, le droit ne se préoccupe plus de l'intention de l'accusé mais plutôt de savoir si l'interaction de ce dernier avec le véhicule est assimilable au fait d'en avoir « la garde ou le contrôle » selon la définition que donne la jurisprudence de cette expression. À cet égard, le juge du procès a formulé la question corrélative en se demandant si l'interaction de l'appelant avec son véhicule avait créé un [TRADUCTION] « risque de danger pour le public » et a répondu par la négative. L'analyse du juge du procès est en grande partie fondée sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *La Reine c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119, [1985] A.C.S. n° 48 (QL) et sur la décision rendue par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans l'affaire *R. c.*

Hannemann, [2001] O.J. No. 1686 (C. sup.) (QL). Cette dernière instance concernait un accusé que l'on avait trouvé assoupi en train de [TRADUCTION] « cuver son alcool » sur le siège avant de sa voiture pendant que le moteur tournait. L'accusé avait lui aussi été acquitté de l'infraction. Je souligne que les motifs du juge Hill dans l'affaire *Hannemann* contiennent l'analyse la plus exhaustive de la jurisprudence qui ait été effectuée à ce jour dans ce domaine du droit.

[10] En l'espèce, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès pour le motif que le juge du procès avait mal appliqué les règles de droit. Le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a cru comprendre que les motifs du juge du procès appuyaient la proposition selon laquelle s'il [TRADUCTION] « n'y a pas d'intention de conduire » il ne peut y avoir de [TRADUCTION] « risque pour la sécurité publique ». S'appuyant sur cette interprétation des motifs du juge du procès, le juge de la cour d'appel a sommairement accueilli l'appel du ministère public. Si le juge du procès avait acquitté l'appelant pour le motif énoncé par le juge de la cour d'appel, la décision de ce dernier aurait été inattaquable. En toute déférence, toutefois, l'appelant n'a pas été acquitté pour ce motif. Le juge du procès a adopté et appliqué ce qu'il estimait être le cadre analytique énoncé dans l'arrêt *Toews* et la décision *Hannemann*. Cette dernière décision est importante parce qu'elle contredit sans aucune équivoque la prétention du ministère public voulant que le « risque de danger » ne soit pas un élément essentiel de l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle dans les cas où l'accusé est trouvé à l'intérieur du véhicule pendant que le moteur est en marche. Il faut reconnaître que les renvois à la décision *Hannemann* sont problématiques à un égard : l'analyse du risque porte essentiellement sur des arguments et des contre-arguments qui ne valent que pour cette catégorie d'instances (celles où l'accusé cuvait son alcool). Cela dit, le juge du procès a estimé que les faits de la présente instance et ceux de l'affaire *Hannemann* présentent trop de ressemblances pour que l'on n'en tienne pas compte. Dans chaque cas, l'alcoolémie de l'accusé dépassait la limite légale et celui-ci avait été trouvé assis au volant pendant que le moteur tournait. Une des différences factuelles tient à ce qu'en l'espèce, l'appelant était réveillé pendant que le policier l'observait. Dans l'affaire *Hannemann*, l'accusé

avait été trouvé endormi au volant. Cette distinction n'a aucune incidence sur l'issue de la présente instance.

IV. La jurisprudence de la Cour suprême

[11] Si l'on reconnaît que le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur en interprétant d'une façon erronée les motifs décisifs sur lesquels le juge du procès s'est appuyé pour prononcer l'acquittement, il incombe à notre Cour de décider si le juge du procès a commis une erreur en exigeant du ministère public qu'il établisse que l'interaction de l'appelant avec son véhicule a créé un « risque de danger ». Comme je l'ai dit au début, le ministère public prétend que le droit n'oblige pas la Cour à examiner l'existence d'un risque si la preuve établit une interaction suffisante entre l'accusé et les « accessoires » du véhicule. Le ministère public prétend qu'une conclusion de culpabilité est presque axiomatique dès lors que l'accusé a été aperçu en train de faire démarrer le moteur du véhicule pendant que sa capacité de conduire était affaiblie ou que son alcoolémie dépassait la limite légale. La question qui se pose consiste à savoir si la jurisprudence de la Cour suprême appuie la façon dont le ministère public interprète le droit applicable ou plutôt la prétention de l'appelant selon laquelle le danger est un élément essentiel de l'infraction.

[12] En guise d'historique, rappelons que c'est en 1925 que le Parlement a pour la première fois créé une infraction consistant dans le fait qu'une personne « en état d'ivresse » ait « la garde, la surveillance ou direction » d'un véhicule à moteur. Ce n'est qu'en 1947 que le *Code criminel* a été modifié aux fins de créer une présomption réfutable en faveur du ministère public, présomption qui est maintenant énoncée à l'al. 258(1)a) du *Code criminel*. Le libellé actuel de cette présomption est le résultat d'une refonte effectuée en 1985 et, pour dire les choses succinctement, cet alinéa dispose que lorsque le ministère public prouve que l'accusé occupait la place du conducteur, l'accusé est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule en question à moins qu'il n'établisse qu'il n'occupait pas cette place dans le but de mettre en marche ce véhicule. Si l'on excepte les questions juridiques ressortissant à la notion de « capacité de conduire

affaiblie » ou d'« état d'ébriété », la Cour suprême n'a, depuis 1925, publié que sept décisions où elle examine les éléments essentiels de l'infraction. Quatre de ces décisions établissent des principes généraux qui ne sont pas en cause dans le présent appel. Dans l'arrêt *La Reine c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, [1971] A.C.S. n° 112 (QL), où la Cour suprême a statué que pour repousser la présomption de garde ou de contrôle énoncée à ce qui est maintenant l'al. 258(1)a), l'accusé devait établir « par une balance des probabilités » qu'il n'avait pas l'intention de conduire, la norme de la preuve « hors de tout doute raisonnable » a été rejetée. L'arrêt *La Reine c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, [1978] A.C.S. n° 100 (QL), traite du libellé de la présomption législative avant qu'il ne soit modifié en 1985. Le troisième arrêt est *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, [1988] A.C.S. n° 63 (QL). Dans cet arrêt, la Cour suprême a statué que la présomption réfutable énoncée à l'al. 258(1)a) ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. Le quatrième arrêt est *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, [1990] A.C.S. n° 96 (QL), dans lequel la Cour a statué que l'intoxication ne peut servir de défense à une accusation portée en vertu de l'art. 253 du *Code criminel*. Les arrêts *Penno* et *Whyte* ont tous deux une incidence sur la question de savoir si le danger constitue un élément essentiel de l'infraction.

[13] Il ne reste que trois arrêts de la Cour suprême qui sont pertinents en ce qui concerne le présent appel. Le plus ancien est moins souvent cité dans la jurisprudence; il s'agit de l'arrêt *R. c. Saunders*, [1967] R.C.S. 284, [1967] A.C.S. n° 21 (QL). Les deux autres arrêts sont régulièrement cités et examinés dans presque toutes les instances relatives à « la garde ou [au] contrôle »; il s'agit des arrêts *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231, [1982] A.C.S. n° 4 (QL) et *La Reine c. Toews*. Je dois souligner que ces trois arrêts sont tous remarquables par leur concision et pour ce qui concerne deux d'entre eux, il faut s'en remettre à la décision sous-jacente de la cour d'appel pour bien saisir les questions qui ont été débattues et tranchées devant la Cour suprême. De plus, il faut reconnaître dès le départ qu'aucun de ces arrêts n'aborde directement la question de savoir si le danger constitue un élément essentiel de l'infraction. L'analyse exige que des inférences soient tirées à partir des faits et d'énoncés du droit quelque peu éparés. J'examinerai la jurisprudence dans l'ordre chronologique et ensuite, je me reporterai

brièvement à un passage souvent cité de l'arrêt *Penno* ainsi qu'à un passage de l'arrêt *Whyte*.

[14] Dans l'affaire *Saunders*, la Cour devait décider si un véhicule qui [TRADUCTION] « n'était pas en état d'être conduit » devait être considéré comme un véhicule à moteur selon la définition qu'en donnait le *Code criminel*. La question se posait dans le contexte suivant. L'art. 223 du *Code criminel*, 1953-1954 (Can.), ch. 51, disposait que quiconque avait la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, à un moment où sa capacité de conduire ce véhicule était affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue commettait une infraction. Au moment où la police avait découvert l'accusé, celui-ci était assis au volant de sa voiture et la clef était dans le contact. L'automobile était dans un fossé et ne pouvait se déplacer par ses propres moyens jusqu'à ce qu'elle soit extraite du fossé par une dépanneuse. Le juge du procès avait conclu que l'accusé avait la garde ou le contrôle mais que les circonstances ne constituaient pas un « risque de danger » et que le véhicule de l'accusé ne pouvait être considéré comme un véhicule aux fins de l'art. 223. L'accusé avait été acquitté pour ces motifs, mais cette décision a été infirmée en appel. Lorsque l'affaire a été soumise à la Cour suprême, la question à trancher a été formulée sous la forme d'un exposé de cause : « Est-ce qu'une automobile, qui ne peut pas être mise en mouvement de son propre pouvoir, en raison de conditions existantes [au moment de l'infraction] est un "véhicule à moteur" dans le sens de ces mots dans la phrase "garde [ou] contrôle d'un véhicule à moteur" dans l'article 223 du *Code criminel*? ». La Cour suprême a répondu « oui » à cette question et la déclaration de culpabilité a été confirmée. On trouve les motifs décisifs de la Cour dans les deux phrases suivantes (à la p. 290) :

[TRADUCTION]

Les définitions des infractions prévues aux art. 222 et 223 sont également formulées en des termes qui sont tout à fait clairs et qui ne donnent nullement à penser, expressément ou implicitement, que le législateur fédéral avait l'intention d'exiger, dans tous les cas, comme étant un des éléments de l'infraction, la preuve de l'existence d'un danger quelconque, qu'il soit réel ou éventuel, ou d'accepter, comme moyen de défense valable, l'absence de tout

danger. Au contraire, ces dispositions et les autres dispositions connexes du *Code* traduisent la détermination du législateur d'attaquer le mal à la racine, savoir : la combinaison de l'alcool et de l'automobile, qui est habituellement à l'origine de cet élément de danger qu'anticipent justement les dispositions législatives préventives en question.

[C'est le juge Robertson qui souligne.]

[15] La validité de la décision finale de la Cour suprême dans l'affaire *Saunders* ne fait aucun doute : un véhicule qui n'est pas en état de se déplacer est néanmoins un véhicule au sens du *Code criminel*. C'est le passage susmentionné qui fait problème. Il laisse entendre que l'existence d'un danger réel ou éventuel pour le public n'est pas un aspect essentiel de l'infraction. Pourtant, si l'on devait souscrire aveuglément à ce passage, on pourrait prétendre qu'une personne qui est en état d'ébriété et qui est assise à la place du conducteur dans une automobile qui repose sur des blocs et qui n'a pas de roues, de transmission ni de moteur, serait coupable d'avoir la garde ou le contrôle si les clés du véhicule étaient à portée de sa main ou dans le contact. Quoiqu'il en soit, l'arrêt *Saunders* appuie l'argument du ministère public selon lequel le danger n'est pas un élément essentiel de l'infraction. Les faits de cette affaire appuient pleinement l'interprétation voulant que malgré l'absence de « risque de danger », une déclaration de culpabilité a été inscrite.

[16] La notion selon laquelle le « risque de danger » n'est pas un élément essentiel de l'infraction de garde ou de contrôle se trouve renforcée par la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Ford*. Je marque ici une pause pour faire la mise en garde suivante : l'opinion que j'ai de l'arrêt *Ford* semble unique si je la compare à d'autres analyses. Toutefois, il est de mon devoir de reconnaître qu'une fois que les faits de l'affaire *Ford* sont entièrement démêlés, cette décision apporte un appui supplémentaire à l'argument du ministère public.

[17] À l'époque où l'affaire *Ford* a été tranchée, le par. 236(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, disposait que quiconque avait la garde d'un véhicule à

moteur, que ce véhicule soit en mouvement ou non, pendant que son alcoolémie dépassait la limite légale, commettait une infraction. Avant que l'arrêt *Ford* ne soit rendu en 1982 et étant donné la décision antérieure qu'avait rendue la Cour suprême dans l'affaire *La Reine c. Appleby*, on tenait généralement pour acquis que si la situation nécessitait l'application de la présomption énoncée à ce qui était alors l'al. 237(1)a), et si l'accusé réussissait à réfuter cette présomption, il avait droit à l'acquittement. Suivant l'opinion dominante, l'intention de conduire était un élément essentiel de l'infraction. Dans l'arrêt *Ford*, toutefois, les juges majoritaires en ont décidé autrement (le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents). Dans cette affaire, l'accusé et d'autres personnes avaient stationné leurs voitures dans un champ lors d'une fête qui avait eu lieu par un soir frisquet de mars. Pendant la soirée, l'accusé et d'autres personnes montaient dans la voiture et mettaient le moteur en marche pour se réchauffer. Une fois réchauffés, ils retournaient à la fête. Avant que la fête ne prenne fin, la police avait trouvé l'accusé, réveillé, au volant de sa voiture dont le moteur était en marche; se trouvaient également dans le véhicule cinq ou six autres personnes qui avaient assisté à la fête.

[18] Dans l'affaire *Ford*, le juge du procès avait souscrit au témoignage de l'accusé selon lequel il n'avait pas l'intention de conduire la voiture pour rentrer chez lui ce soir-là et qu'en fait, il avait pris des dispositions pour que quelqu'un d'autre conduise à la fin de la soirée. (Plus loin dans les présents motifs, ce genre d'argument est appelé le moyen de défense fondé sur l'existence d'un [TRADUCTION] « projet bien arrêté »). L'accusé a été acquitté au procès pour le motif qu'il avait réfuté la présomption législative en établissant qu'il n'avait pas l'intention de mettre le véhicule en marche. En résumé, le juge du procès avait statué que cette absence d'intention constituait une défense complète à l'accusation, même si, d'après les faits de l'affaire, il était disposé à conclure que la garde avait été établie. La cour d'appel a exprimé son désaccord sur la question de l'intention, tout comme la majorité des juges de la Cour suprême, et les deux tribunaux ont renvoyé l'affaire au juge du procès pour qu'il rende une décision. Les juges majoritaires de la Cour suprême ont statué qu'un accusé pouvait néanmoins être déclaré coupable sous le régime de cette disposition si le ministère public produisait d'autres éléments de preuve établissant qu'il avait accompli des actes montrant qu'il avait la garde

du véhicule, au point de créer un « danger ». Plus précisément, la majorité a mentionné la possibilité que l'accusé mette le véhicule en marche « involontairement ». Cette interprétation du droit est exposée dans le passage suivant qui fait autorité et que le juge Ritchie a rédigé dans le cadre du jugement qu'il rendait pour la majorité. Voici ce qu'on lit aux pages 248 et 249 :

Il n'est pas non plus nécessaire, à mon avis, que la poursuite fasse la preuve de l'intention de mettre le véhicule en marche pour que soit reconnue coupable une personne accusée, en vertu [de l'art. 253] [...] Il peut y avoir garde même en l'absence [d'une intention de conduire] lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un accusé accomplit un acte ou une série d'actes ayant trait à l'utilisation du véhicule ou de ses accessoires, qui font que le véhicule peut être mis en marche involontairement, créant le danger que l'article vise à prévenir.

[C'est le juge Robertson qui souligne.]

[19] Le passage qui précède peut être interprété de deux façons. Premièrement, la garde (ou le contrôle) est établie dès qu'il est prouvé que l'accusé a été trouvé assis dans le véhicule pendant que le moteur tournait, puisqu'il a accompli des actes ayant trait à « l'utilisation du véhicule ou de ses accessoires ». Selon cette optique, l'interaction de l'accusé avec le véhicule est *réputée* avoir créé un « risque de danger » (le véhicule aurait pu, par exemple, être mis en marche involontairement). Selon cette interprétation, toujours, il est inutile de se lancer dans une analyse afin de déterminer s'il y avait, en fait, un danger que le véhicule soit mis en marche involontairement; le danger est *présumé* découler des faits de l'espèce. La deuxième interprétation possible est que l'accusé n'est coupable d'avoir eu la garde (ou le contrôle) que si le ministère public peut *prouver* qu'il existait un risque que le véhicule soit déplacé involontairement. J'estime que la première interprétation semble être celle qui était voulue et ce, pour la raison suivante.

[20] Dans l'affaire *Ford*, les trois juridictions ont abordé l'instance en tenant pour acquis que si « l'intention de conduire » n'est pas un élément essentiel de l'infraction, l'accusé est coupable d'avoir eu la garde (ou le contrôle) du fait qu'il occupait la place du conducteur, pendant que le moteur tournait et pendant qu'il était en

état d'ébriété. C'est ce qu'avait conclu le juge du procès et ni la cour d'appel ni la Cour suprême n'ont laissé entendre que d'autres éléments de preuve étaient nécessaires. De plus, ni l'un ni l'autre tribunal n'a même évoqué la possibilité que le juge du procès examine la question de savoir si le véhicule de l'accusé eût pu être déplacé involontairement. D'ailleurs, on a la nette impression que l'affaire a été renvoyée au juge du procès à seule fin qu'il inflige une peine juste. L'opinion dissidente rendue en Cour suprême appuie cette interprétation. Dans une phrase isolée, la minorité a statué, à la page 242, que même si elle avait tort en ce qui concernait la question de savoir si l'intention de conduire est un élément essentiel de l'infraction, l'accusé aurait dû être acquitté. « M. Ford a réfuté la présomption [...] et [...] la poursuite, à mon avis, n'a fourni aucun autre élément de preuve suffisant pour conclure qu'il avait la garde. » Autrement dit, contrairement aux conclusions du juge du procès, la minorité n'était pas convaincue que la garde avait été établie du simple fait que l'accusé avait été trouvé au volant de son véhicule pendant que ses facultés étaient affaiblies et que le moteur était en marche.

[21] Je reconnais que les décisions rendues dans les affaires *Saunders* et *Ford* sont compatibles avec l'opinion voulant que le « risque de danger » ou le danger pour la sécurité publique ne soit pas un élément essentiel de l'infraction. S'il y a une interaction suffisante entre l'accusé et les accessoires du véhicule, une déclaration de culpabilité est justifiée. En résumé, à la lumière de ces arrêts, l'accusé qui a trop bu et que l'on trouve assis sur le siège avant d'un véhicule pendant que la clef est dans le contact ou que le moteur tourne, est coupable de l'infraction. Cela serait vrai même si le véhicule était dans l'impossibilité de se déplacer autrement qu'avec l'aide d'une dépanneuse. Toutefois, la question principale consiste à savoir si cette interprétation élémentaire du droit est conforme avec la décision qu'a rendue la Cour suprême dans l'arrêt *Toews*. Le recul étant ce qu'il est, on ne saurait s'étonner du fait que tout comme la composition de la Cour suprême a changé dans les années 1980, l'orientation donnée aux règles de droit en matière de garde et de contrôle a aussi changé.

[22] En 1985, la Cour suprême a de nouveau eu l'occasion d'examiner les éléments que sont la garde et le contrôle sauf que cette fois, la disposition pertinente était

énoncée au par. 234(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 : « Quiconque, à un moment où sa capacité de conduire un véhicule à moteur est affaiblie par l'effet de l'alcool [...], a la garde ou le contrôle [d'un véhicule à moteur], que ce véhicule soit en mouvement ou non, est coupable [...] d'une infraction [...] ». Les faits essentiels de l'affaire *Toews* sont les suivants. La police avait trouvé l'accusé endormi sur le siège avant de son camion, enveloppé dans un sac de couchage, la tête près de la portière du côté du passager. Le camion était stationné sur un terrain privé, la clef de contact était en place et la stéréo jouait fort, mais le moteur du camion ne tournait pas. Il n'y avait pas de preuve établissant qui avait mis la clef dans le contact mais la preuve établissait qu'un ami de l'accusé avait conduit ce dernier à la soirée à laquelle ils avaient tous deux assisté. Le juge du procès avait également conclu que l'ami de l'accusé avait convenu de reconduire ce dernier chez lui à la fin de la soirée. L'accusé avait quitté la soirée de bonne heure et il s'était rendu à son camion pour y attendre le retour de son ami. Pendant qu'il attendait, il s'était endormi et il dormait toujours lorsque la police l'avait trouvé. L'accusé a été déclaré coupable au procès. Bien que le juge du procès ait souscrit au témoignage de l'accusé selon lequel il n'avait nullement l'intention de conduire, il a conclu que l'accusé aurait pu se réveiller, changer d'avis et conduire le véhicule. Dans le cadre de l'appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la question à trancher a surtout porté sur la définition de la *mens rea* et de l'*actus reus* de l'infraction consistant dans « la garde ou le contrôle ». La Cour d'appel s'est demandé si une personne peut avoir la garde ou le contrôle lorsque son intention est de dormir dans le véhicule plutôt que de le conduire. Elle a ensuite statué que le ministère public doit établir que l'accusé avait l'intention d'utiliser le véhicule à moteur comme un véhicule à moteur. Finalement, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès et a acquitté l'accusé parce que la poursuite n'avait pas prouvé qu'il avait l'intention d'utiliser le [TRADUCTION] « véhicule en tant que véhicule ». En fait, la Cour d'appel a statué que le véhicule de l'accusé avait été utilisé comme [TRADUCTION] « chambre à coucher » et non comme on utiliserait un véhicule de la façon conventionnelle.

[23] L'appel à la Cour suprême a essentiellement porté sur la définition de la *mens rea* et de l'*actus reus* de l'infraction. La *mens rea* a été définie comme étant

« l'intention d'assumer la garde ou le contrôle après avoir volontairement consommé de l'alcool ou une drogue ». L'*actus reus* a été défini comme étant « l'acte qui consiste à assumer la garde ou le contrôle du véhicule alors que la consommation volontaire d'alcool ou d'une drogue a affaibli la capacité de conduire ». Voir aussi l'arrêt *R. c. Penno*, à la p. 877, où le juge en chef Lamer examine cette question plus en détail. Dans l'arrêt *Toews*, la Cour suprême a ensuite confirmé le principe voulant que l'absence d'intention de conduire ne constitue pas, en soi, un moyen de défense complet. Toutefois, la Cour a également statué que la présomption législative ne s'appliquait pas, étant donné les faits de l'espèce, puisque l'accusé avait été trouvé couché sur le siège avant, la tête du côté du passager. Puisque la présomption était inapplicable, la Cour a statué que le poursuivant devait établir que l'accusé avait la garde ou le contrôle [TRADUCTION] « réels ». Elle cite, en marquant son approbation, deux décisions de notre Cour afin d'illustrer le sens des mots garde et contrôle.

[24] La première est l'arrêt *Rex c. Thomson* (1940), 75 C.C.C. 141 (C.A.N.-B.), affaire dans laquelle l'accusé avait été trouvé en état d'ébriété assis au volant de son automobile. Le moteur n'était pas en marche et en fait, la clef de contact était rangée au-dessus du pare-soleil. L'accusé avait été déclaré coupable au procès mais acquitté en appel parce qu'il n'avait pas l'intention de conduire. À la page 143, le juge en chef Baxter a donné un exemple de la distinction en question : [TRADUCTION] « [L]a "garde" viserait le cas où un conducteur en état d'ébriété place son véhicule, sans mettre les freins, dans un endroit où celui-ci pourrait se déplacer et mettre le public en danger ». Ce passage donne à penser que s'il y a un risque que le véhicule soit mis en marche involontairement, l'accusé peut être déclaré coupable de l'infraction. L'autre décision de notre Cour qui est citée dans l'arrêt *Toews* est *R. c. Price* (1978), 21 R.N.-B. (2^e) 532 (C.A.), [1978] A.N.-B. n^o 91 (QL). Dans cette affaire, l'accusé avait conduit sa voiture dans le fossé et il était debout à côté du véhicule, la clef étant dans le contact, lorsque la police était arrivée. La conclusion de garde et de contrôle qu'avait tirée le juge du procès a été confirmée en appel, essentiellement pour les motifs donnés dans *Saunders*. Le juge d'appel Limerick, qui rendait jugement au nom de la Cour, a fait les observations suivantes, à la p. 539 :

[TRADUCTION]

L'article vise à empêcher, d'après son texte, qu'une personne en état d'ébriété qui est en présence immédiate d'un véhicule à moteur et a le moyen de le contrôler ou de le mettre en mouvement ne soit ou ne devienne un danger pour le public. Même si la personne n'a pas l'intention immédiate de le mettre en mouvement, elle peut à tout instant décider de le faire parce que son jugement peut être si affaibli qu'elle ne peut prévoir les conséquences possibles de ses actes.

[25] Le passage cité ci-dessus est important parce qu'il réaffirme que la notion juridique de « garde ou de contrôle » englobe des situations dans lesquelles la possession d'un véhicule par l'accusé constitue un risque pour la sécurité publique. Le risque prend naissance parce qu'un accusé qui, à l'origine, n'a nullement l'intention de conduire le véhicule, pourrait changer d'avis. Dans les cas où on trouve l'accusé assoupi en train de « cuver son alcool » dans un véhicule, il existe toujours un risque que cette personne sorte de sa stupeur éthylique et décide de conduire parce qu'elle croit, à tort, qu'elle n'est plus en état d'ébriété ou que sa capacité de conduire n'est plus affaiblie. Dans l'affaire *Toews*, le juge du procès avait accepté cet argument concernant la possibilité qu'une personne « change d'avis » et la Cour suprême l'a mentionné à la page 121 de ses motifs de jugement. Par voie de conséquence, toutefois, nous devons implicitement supposer que la Cour suprême a jugé cet argument peu convaincant puisqu'elle a confirmé l'infirmité par la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité qu'avait prononcée le juge du procès. En ce qui concerne le raisonnement qu'a pu suivre la Cour suprême, nous ne disposons que d'un unique passage, que l'on trouve aux p. 126 et 127 :

[...] Cependant, la jurisprudence citée illustre le point et amène à conclure que les actes de garde ou de contrôle, hormis l'acte de conduire, sont des actes qui comportent une certaine utilisation du véhicule ou de ses accessoires, ou une conduite quelconque à l'égard du véhicule qui comporterait le risque de le mettre en mouvement de sorte qu'il puisse devenir dangereux. Chaque affaire sera décidée en fonction de ses propres faits et les circonstances où l'on pourra conclure qu'il y a des actes de garde ou de contrôle varieront beaucoup. Dans l'affaire *Ford*, le véhicule de

l'appelant se trouvait avec d'autres véhicules dans un champ accessible au public. Une buvette était en cours dans la voiture; l'appelant occupait le siège du conducteur et avait fait tourner le moteur à diverses reprises pour faire fonctionner l'appareil de chauffage. Ces faits ont été considérés suffisants pour prouver la garde ou le contrôle. En l'espèce, le véhicule se trouvait sur un terrain privé et l'intimé n'occupait pas le siège du conducteur. Il était inconscient et n'avait clairement pas le contrôle réel du véhicule. L'utilisation d'un sac de couchage vient appuyer son affirmation qu'il utilisait le véhicule simplement comme un endroit pour dormir. Reste que la clé était dans le contact et que le stéréo fonctionnait. Assez curieusement cependant, il n'y a pas de preuve directe que l'intimé ait mis la clé dans le contact ou mis le stéréo en marche mais, selon la preuve, c'est son ami qui a été le dernier conducteur du véhicule et qui l'a conduit à la réception et devait le ramener chez lui. À partir de tous ces faits, je considère qu'on ne peut tirer de conclusion défavorable en l'espèce uniquement à cause de la preuve relative à la clé de contact. Il n'a donc pas été démontré que l'intimé a accompli des actes de garde ou de contrôle et il n'a donc pas accompli l'*actus reus*.

[C'est le juge Robertson qui souligne.]

[26] La première phrase de la citation qui précède est souvent considérée comme ayant une importance cruciale. On peut soutenir que la présence de la virgule devant les mots « ou une conduite quelconque » donne à penser qu'il existe deux façons distinctes d'établir la garde ou le contrôle. En premier lieu, la garde ou le contrôle, hormis l'acte de conduire, peuvent être établis s'il y a une interaction suffisante entre l'accusé et les « accessoires » du véhicule. Suivant ce raisonnement, il n'est pas nécessaire que le ministère public établisse qu'il y avait également un « risque de danger ». En second lieu, l'infraction de garde et de contrôle est prouvée si l'on peut établir que l'accusé avait adopté, à l'égard du véhicule, une conduite qui comporterait le risque de le mettre en mouvement, ce qui suppose habituellement un danger. Malheureusement, la Cour suprême n'explique pas l'incidence de la phrase dans son ensemble. Elle entreprend plutôt de comparer et d'opposer les faits de l'affaire *Ford* et ceux de l'affaire *Toews*. La conclusion qui est finalement tirée à partir des faits est que l'accusé utilisait le véhicule comme endroit pour dormir et aucun des autres faits, y

compris la présence des clefs dans le contact, n'a été jugé suffisant pour justifier une conclusion contraire. En ce qui concerne le risque que l'accusé mette le véhicule en marche, ou en mouvement, nous devons reconnaître que la Cour n'était pas convaincue que ce risque existait. On se demande pourquoi. La Cour suprême était-elle convaincue que pour le cas où l'accusé aurait émergé de sa stupeur éthylique, il n'y avait aucun risque qu'il mette le véhicule en mouvement? La Cour était-elle convaincue que les dispositions que l'accusé avait prises afin que quelqu'un le ramène chez lui à la fin de la soirée, ajoutées au fait qu'il était enveloppé dans un sac de couchage, la tête du côté du passager, étaient suffisantes pour écarter l'argument concernant un possible changement d'avis? Il n'y a pas de réponse évidente.

[27] En somme, bien que les arrêts *Saunders* et *Ford* appuient tous deux l'interprétation selon laquelle l'existence d'un [TRADUCTION] « danger réel ou éventuel » n'est pas un élément essentiel de l'infraction et l'absence de danger ne constitue pas un moyen de défense, l'arrêt *Toews* s'écarte de cette interprétation en se reportant à des décisions qui évoquent la notion voulant que le « risque de danger » soit une considération pertinente. Chose curieuse, l'arrêt *Toews* ne contient aucune mention de l'arrêt *Saunders* et la seule mention significative de l'arrêt *Ford* est faite à des fins de comparaison. En outre, les faits de l'affaire *Toews* présentent une similitude frappante avec ceux de l'affaire *Ford* et pourtant, dans l'affaire *Toews*, l'accusé a été acquitté de l'infraction imputée. Cela nous amène à nous demander si le fait que le moteur était en marche dans l'affaire *Ford*, mais pas dans l'affaire *Toews*, est une caractéristique déterminante des règles de droit régissant la garde et le contrôle au Canada. Dans l'affirmative, faut-il attribuer l'existence de cette caractéristique déterminante à la présence de la virgule devant le disjonctif « ou » dans un unique passage de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Toews*? Certainement pas. Face à ce vide analytique, les tribunaux ont été enclins à s'appuyer sur une autre phrase du passage susmentionné lorsqu'ils examinent la question de la garde ou du contrôle : « Chaque affaire sera décidée en fonction de ses propres faits et les circonstances où l'on pourra conclure qu'il y a des actes de garde ou de contrôle varieront beaucoup ».

[28] Bien que les décisions de la Cour suprême dans les affaires *Penno* et *Whyte* ne soient pas directement pertinentes, chacune de ces décisions contient un passage qui appuie l'argument voulant que le danger soit un élément essentiel de l'infraction. Il y a, tout d'abord, le passage souvent cité des motifs du juge en chef Lamer (qui s'exprimait en son propre nom) dans l'arrêt *Penno*. Il explique ainsi les motifs décisifs de l'arrêt *Toews* (à la p. 877) :

Par contre, la loi ne manque pas totalement de souplesse et ne va pas jusqu'à punir la simple présence dans un véhicule à moteur d'une personne dont la capacité de conduire est affaiblie. En réalité, l'arrêt *Toews* consacre la règle que, lorsque l'utilisation du véhicule à moteur ne comporte aucun risque de le mettre en marche et de le rendre dangereux, les cours de justice devraient conclure qu'il y a absence d'*actus reus*.

[29] L'autre passage provient de l'arrêt *Whyte* où le juge en chef Dickson, qui rendait le jugement unanime de la Cour, a expliqué l'objectif législatif qui sous-tend la présomption législative. Le législateur a adopté cette présomption afin qu'il soit plus difficile à un accusé d'éviter une déclaration de culpabilité pour le motif qu'il avait les facultés trop affaiblies pour prendre le contrôle du véhicule. En même temps, la Cour a conclu que la disposition en question constituait une « réponse parlementaire mesurée à un problème social pressant ». Voici ce qu'a écrit le juge en chef Dickson, au par. 49 :

Le législateur a tenté d'arriver à un équilibre. D'une part, il suffit que le ministère public prouve un niveau minimal d'intention en raison du fait que la consommation d'alcool constitue en elle-même un élément de l'infraction. D'autre part, lorsqu'un accusé peut démontrer que son motif pour monter dans le véhicule et occuper la place du conducteur était autre que celui de le conduire, il ne sera pas déclaré coupable. Vu sous cet angle, l'al. 237(1)a) constitue une atteinte minimale à la présomption d'innocence que garantit l'al. 11d) de la *Charte*.

[C'est le juge Robertson qui souligne.]

[30] En toute déférence, j'estime que la jurisprudence de la Cour suprême est suffisamment ambiguë pour autoriser notre Cour à examiner la question de principe plus large qui consiste à savoir si le danger devrait être un élément essentiel de l'infraction. Compte tenu de cette ambiguïté et du fait que la question qui nous occupe en l'espèce n'a jamais été directement abordée par la Cour suprême, je suis disposé à poursuivre l'analyse comme s'il s'agissait en l'espèce d'une question inédite. En arrivant à cette conclusion, je suis conforté par l'idée que les trois décisions de la Cour suprême qui font autorité en la matière sont réputées pour leur laconisme relatif, fait qui appuie l'opinion selon laquelle la Cour suprême ne s'est intéressée qu'à la question restreinte dont elle était saisie. De plus, il ne m'a pas échappé qu'à au moins trois reprises, la Cour suprême a refusé d'accorder l'autorisation d'interjeter appel d'une conclusion selon laquelle le danger est un élément essentiel de l'infraction (nous y revenons plus loin). Certes, le refus d'accorder une autorisation d'appel ne saurait être assimilé à une adhésion à la décision sous-jacente. Toutefois, lorsque la question à trancher est un point capital des règles de droit relatives à « la garde et [au] contrôle » et divise les cours d'appel de notre pays et que l'autorisation d'appel est néanmoins refusée dans les instances où le danger a été réputé constituer un élément essentiel de l'infraction, on ne saurait reprocher à une cour d'appel d'examiner la question à nouveau. Pour ce qui concerne la doctrine dite *stare decisis*, je suis en droit de limiter l'effet juridiquement contraignant de chaque décision de la Cour suprême à la question restreinte qui a réellement été tranchée. Ainsi, dans l'arrêt *Saunders*, la question à trancher concernait essentiellement la définition que donnait la loi de l'expression « véhicule à moteur ». Dans *Ford*, la question à trancher était celle de savoir si l'intention de conduire constituait un élément essentiel de l'infraction. Dans *Toews*, la Cour suprême a défini la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction tout en reconnaissant que l'absence d'une intention de conduire ne constituait pas en soi un moyen de défense complet. Le ministère public a le droit d'établir la garde ou le contrôle réels au moyen d'autres preuves. Il s'agit essentiellement, en l'espèce, de répondre à la question de savoir si ces preuves doivent étayer une conclusion de danger.

V. La jurisprudence des cours d'appel postérieure à l'arrêt *Toews*

[31] Avant d'aborder la question de principe plus large qui consiste à savoir si le danger doit être considéré comme un élément essentiel de l'infraction, j'ai l'intention d'examiner certains arrêts postérieurs à l'arrêt *Toews* et de faire ensuite état de deux décisions pertinentes de notre Cour. Dans les années qui ont suivi les arrêts *Toews*, *Whyte* et *Penno*, pas moins de quatre cours d'appel provinciales ont adopté la position voulant que l'examen visant à déterminer l'existence d'un « risque de danger » soit un élément essentiel du cadre analytique qui permet de trancher les instances en matière de garde ou de contrôle, sauf dans un cas. Dans le cas où l'accusé n'est pas en mesure de réfuter la présomption législative concernant l'intention de conduire, il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle et il est donc inutile de s'interroger sur la présence d'un danger. On présume qu'il y avait un danger. Sous réserve de cette exception, aucun des tribunaux en question n'a conclu que la jurisprudence de la Cour suprême l'empêchait de statuer qu'une conclusion de danger constitue un élément essentiel de l'infraction. La première fois où cette conclusion a été tirée, c'était dans un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, l'arrêt *R. c. Wren* (2000), 47 O.R. (3d) 544 (C.A.), [2000] O.J. No. 756 (QL), au par. 25, autorisation d'appel refusée, [2000] C.S.C.R n° 235 (QL). Cette décision est une contestation directe de l'arrêt *Saunders* puisque dans l'affaire *Wren*, l'accusé avait été trouvé assis à la place du conducteur, en état d'ébriété. L'automobile n'était pas en état de se déplacer et elle ne pouvait pas être conduite en raison des dommages subis après qu'elle eut percuté dans un fossé. L'accusé a été acquitté de l'infraction puisqu'il avait réfuté la présomption selon laquelle il avait l'intention de conduire et que le public n'avait été exposé à aucun danger. Il y a lieu de comparer l'arrêt *Wren* avec les précédents antérieurs que sont *R. c. Moffatt* (1988), 31 O.A.C. 144, [1988] O.J. No. 1760 (QL), autorisation d'appel refusée, 36 O.A.C. 213n; *R. c. Lackovic* (1989), 29 O.A.C. 382, [1988] O.J. No. 1732 (QL)) et *R. c. Alatyppo* (1983), 4 C.C.C. (3d) 514 (C.A. Ont.), [1983] O.J. No. 55 (QL).

[32] Il importe de souligner que l'arrêt *Wren* ne contredit pas la décision de la Cour suprême sur la question principale que soulevait l'affaire *Saunders* : qu'est-ce qui

constitue un véhicule aux fins du *Code criminel*? Tant s'en faut. Un véhicule qui n'est pas en état de fonctionner est néanmoins un véhicule à moteur et son utilisation peut constituer un risque de préjudice pour la sécurité publique. Supposons, par exemple, qu'un véhicule n'ait pas de moteur et n'ait plus d'essence. Supposons aussi qu'au moment où il est interpellé, l'accusé est en train de pousser ce véhicule afin de s'engager sur une route publique. Le fait que le véhicule ne puisse être conduit ne constitue pas un moyen de défense. Dans ces circonstances, le véhicule qui n'est pas en état de fonctionner présente un « risque de danger » parce qu'il peut être déplacé : *R. c. Vansickle*, [1988] O.J. No. 2935 (C. dist.) (QL), autorisation d'appel refusée [1990] O.J. No. 3235 (C.A.) (QL). Voir en général : les arrêts *R. c. Wren*, précité, et *R. c. McBrine*, [2007] O.J. No. 142 (QL), 2007 ONCA 25, ainsi que les décisions *R. c. Trinder*, [2004] O.J. No. 1969 (QL), 2004 ONCJ 37; *R. c. Hayes (K.J.)* (2007), 253 N.S.R. (2d) 235, [2007] N.S.J. No. 96 (QL), 2007 NSSC 74; *R. c. Ringuet*, [2006] J.Q. n° 15532 (QL), 2006 QCCS 6549; *R. c. Buckley (M.)* (2002), 221 Sask.R. 152, [2002] S.J. No. 409 (QL), 2002 SKQB 281; *R. c. Sharun* (2000), 81 Alta. L.R. (3d) 267, [2000] A.J. No. 400 (QL), 2000 ABQB 229; *R. c. Van Oosterhout*, [2004] O.J. No 5149 (QL), 2004 ONCJ 328 et *R. c. Swann*, [2002] O.J. No. 4488 (C. sup. de justice) (QL).

[33] L'arrêt *Wren* a été appliqué à la majorité par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador au par. 24 de l'arrêt *R. c. Decker (B.S.)* (2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, [2002] N.J. No. 38 (QL), 2002 NFCA 9, autorisation d'appel refusée, [2002] C.S.C.R. n° 145 (QL). La Cour d'appel a statué qu'en règle générale, le danger est un élément essentiel de l'infraction. Dans cette affaire, l'accusé, qui avait été trouvé au volant de son véhicule pendant que sa capacité de conduire était affaiblie et que le moteur tournait, avait été acquitté. Dans l'arrêt *R. c. Burbella (W.P.)* (2002), 166 Man.R. (2d) 198, [2002] M.J. No. 355 (QL), 2002 MBCA 106, au par. 22, la Cour d'appel du Manitoba, qui était saisie d'une situation factuelle semblable à celle de l'affaire *Wren*, a adopté la même position juridique. Finalement, dans l'arrêt *R. c. Shuparski (D.J.)* (2003), 232 Sask.R. 1, [2003] S.J. No. 147 (QL), 2003 SKCA 22, autorisation d'appel refusée, [2003] C.S.C.R. n° 167 (QL), la Cour d'appel de la Saskatchewan a statué, au par. 18, que [TRADUCTION] « [t]out doute qui a pu être soulevé dans la jurisprudence en ce qui

concerne la nécessité d'un élément de "danger" a, à mon humble avis, été dissipé par les arrêts [*Wren, Decker et Burbella*] ». Je souligne que l'arrêt *Wren* a été cité par le juge dissident dans l'arrêt *R. c. MacAulay (E.B.)* (2002), 218 Nfld. & P.E.I.R. 312, [2002] P.E.I.J. No. 101 (QL), 2002 PESCAD 24, mais dans cette affaire, la situation factuelle était exceptionnelle. Avant que la police ne soit appelée à intervenir, un tiers avait retiré les clefs du contact pendant que l'accusé cuvait son alcool. La question de droit à trancher ressortissait à la présomption législative et au moment où il était permis de se demander si l'accusé avait l'intention de conduire.

[34] Par ailleurs, il existe quatre décisions rendues en appel qui sont postérieures à l'arrêt *Toews* et qui appuient la prétention du ministère public voulant que le « danger » ne soit pas un élément essentiel de l'infraction. Toutefois, elles ont toutes été tranchées avant l'affaire *Wren* et une seule de ces décisions pose expressément la question de savoir pourquoi le danger est ou devrait être un élément essentiel de l'infraction. Dans l'arrêt *R. c. Decker*, précité, le juge dissident a indiqué que le simple fait de mettre la clef dans le contact constituait un acte de contrôle suffisant pour faire intervenir l'art. 254 du *Code criminel*. Invoquant l'arrêt *Saunders*, il s'est dit d'avis qu'il n'est pas nécessaire que le ministère public établisse l'existence d'un « risque de danger » additionnel. Le deuxième arrêt qui appuie l'argument du ministère public est l'arrêt *R. c. Green* (1989), 100 A.R. 131 (C.A.), [1989] A.J. No. 1002 (QL). Puisque les faits de cette affaire sont très semblables à ceux qui nous occupent en l'espèce, il n'est que juste de répéter ce qu'on peut lire dans les motifs de jugement de la Cour. L'accusé avait passé la nuit dans un hôtel après avoir bu toute la soirée. À 6 heures du matin, l'accusé, qui était toujours en état d'ébriété, s'est rendu à son véhicule qui se trouvait dans le stationnement de l'hôtel pour y prendre des documents dont il avait besoin pour son travail. Son épouse avait fait venir un taxi pour lui, mais pour une raison inconnue, l'accusé a fait démarrer son camion, a ensuite éteint le moteur, est descendu du camion et a verrouillé les portières. Il était déjà en train de regagner l'hôtel lorsque la police est intervenue. Le ministère public n'a pas invoqué la présomption législative et on s'entendait pour reconnaître [TRADUCTION] qu'« il n'y [avait] aucune raison de croire que [l'accusé] n'avait pas l'intention de se rendre au travail dans ce taxi ». Les juges majoritaires ont

conclu que l'*actus reus* avait été consommé au moment où le moteur avait démarré puisque c'est à ce moment-là que le [TRADUCTION] « risque de mettre le véhicule en marche » s'était fait jour. Autrement dit, il n'était pas nécessaire de s'interroger sur l'existence d'un risque puisque les actes eux-mêmes étaient suffisants pour que le danger soit réputé avoir existé. Toutefois, l'arrêt *Green* semble être incompatible avec deux décisions ultérieures de la Cour d'appel de l'Alberta, savoir les arrêts *R. c. Gent*, [1997] A.J. No. 72 (C.A.) (QL) et *R. c. Friesen*, [1991] A.J. No. 811 (C.A.) (QL), dont les faits sont relatés dans la décision *R. c. Ganpatt (D.)* (1995), 177 A.R. 311 (C.B.R.), [1995] A.J. No. 1139 (QL). Il est à remarquer, également, que dans l'affaire *R. c. Armstrong*, [2005] A.J. No. 623 (QL), 2005 ABCA 195, l'accusé avait sollicité l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel de l'Alberta pour le motif que l'arrêt *Green* était en contradiction avec la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Shuparski*. Un juge de la Cour d'appel de l'Alberta, siégeant seul, a rejeté la demande pour le motif qu'il n'y avait pas de divergence.

[35] Le troisième arrêt qui, d'après les faits et l'issue de l'affaire, appuie la position du ministère public est l'arrêt *R. c. Lockerby (B.)* (1999), 180 N.S.R. (2d) 115, [1999] N.S.J. No. 349 (QL), 1999 NSCA 122. L'accusé et ses copains avaient bu et un ami de l'accusé les avait conduits jusqu'à un restaurant. Lorsqu'ils sont arrivés, le conducteur a mis le levier de vitesses au point mort, a serré le frein de stationnement, est descendu du véhicule et est entré dans le restaurant pour y chercher d'autres copains. Pendant qu'ils étaient encore dans le véhicule, l'accusé et les autres occupants ont décidé d'aller manger à ce restaurant que leurs autres copains se trouvent ou non à l'intérieur. L'accusé s'est alors déplacé pour gagner le siège du conducteur afin de mettre le levier de vitesses à la position arrêt et d'éteindre le moteur. Il l'a fait sans déplacer la voiture. Le policier s'est approché de l'accusé pendant que celui-ci était encore assis au volant du véhicule. Au procès, l'accusé a reconnu qu'il aurait pu changer d'avis et décider de conduire. Le juge du procès a conclu que l'accusé n'occupait pas la place du conducteur dans le but de mettre le véhicule en marche et que par conséquent, la présomption législative avait été réfutée. Toutefois, l'accusé a été déclaré coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle réels d'après les faits susmentionnés. Les appels qu'il a interjetés devant la

cour d'appel en matière de poursuites sommaires et devant la Cour d'appel ont été rejetés. La Cour d'appel a statué [TRADUCTION] qu'« une personne qui a la capacité réelle de conduire le véhicule, qui assure la surveillance ou qui est en charge de ce véhicule, en a le contrôle ». Il reste à décider si par cet énoncé, la Cour a voulu rejeter la notion de danger comme élément essentiel de l'infraction.

[36] Le quatrième arrêt qui appuie la prétention du ministère public selon laquelle le danger n'est pas un élément essentiel de l'infraction est l'arrêt *R. c. Rousseau* (1997), 121 C.C.C. (3d) 571 (C.A.Q.), [1997] A.Q. n° 3925 (QL). L'accusé avait été trouvé endormi et avec facultés affaiblies sur le siège du conducteur, le moteur était en marche et le levier de vitesses était à la position arrêt. Il s'était garé sur le côté pour pouvoir cuver son alcool. Le ministère public a choisi de ne pas invoquer la présomption législative pour le motif que la garde ou le contrôle pouvaient être établis du fait que l'accusé avait utilisé les accessoires du véhicule. Cet argument a été rejeté au procès et l'accusé a été acquitté. La décision du juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires, qui infirmait celle du juge du procès, a été confirmée à la suite d'un appel à la Cour d'appel du Québec. Dans ses motifs, la Cour d'appel a notamment dit ceci, au par. 22 [QL] : « La garde ou le contrôle d'un véhicule automobile est l'exercice de fait d'une prérogative de droit. C'est l'utilisation d'un véhicule ou ses accessoires de la façon qu'en autorise la propriété ou la possession. L'élément de risque ou de danger public qui s'infère des articles pertinents du *Code criminel* résulte de la coexistence de deux facteurs: les facultés affectées par l'alcool ou la drogue et le fait que, consciemment, l'accusé se place dans une situation susceptible de devenir dangereuse ». Selon mon interprétation de ce passage, le ministère public n'est pas tenu de prouver l'existence d'un danger. Le danger doit être inféré. Question : d'après les faits de l'affaire, l'accusé aurait-il été déclaré coupable même si le danger avait été considéré être un élément essentiel de l'infraction? Voir l'analyse qui suit.

VI. La jurisprudence du Nouveau-Brunswick /Les cas où l'accusé cuvait son alcool

[37] Avant d'examiner les deux décisions de notre Cour ayant trait à la question qui nous occupe, il faut rappeler les arguments et contre-arguments qui sont invoqués dans les instances où l'accusé cuvait son alcool. Je fais ce rappel afin de replacer dans leur contexte les décisions rendues au Nouveau-Brunswick, qui présentent toutes deux cette situation factuelle, tout comme les arrêts *Decker* et *Shuparski*, précités. Ces décisions prennent appui sur l'argumentation juridique qui a été exposée pour la première fois et implicitement acceptée dans l'arrêt *Toews*. La jurisprudence, les arguments et les questions en cause ont été examinés à fond dans trois décisions relativement récentes. Une de ces décisions est *Hannemann*; viennent ensuite la décision *R. c. Smith (S.R.)* (2005), 235 N.S.R. (2d) 253, [2005] N.S.J. No. 307 (QL), 2005 NSSC 191 et, finalement, la décision du juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires dans l'affaire *R. c. Ogrodnick (C.)* (2006), 393 A.R. 6, [2006] A.J. No. 340 (QL), 2006 ABQB 91, infirmée en appel, (2007), 409 A.R. 56, [2007] A.J. No. 514 (QL), 2007 ABCA 161, demande d'autorisation d'appel rejetée, [2007] C.S.C.R. n° 324 (QL). Puisque ces trois décisions proposent une analyse approfondie des questions en litige et de la jurisprudence applicable, il est plus facile d'expliquer leur importance juridique en faisant état des arguments et des questions qui se font habituellement jour dans les aux instances où l'accusé cuvait son alcool.

[38] L'instance typique dans laquelle une personne cuvait son alcool est celle où les policiers trouvent l'accusé en état d'ébriété et endormi au volant de son véhicule. (Je ne me souviens d'aucune affaire ressortissant à la garde ou au contrôle dans laquelle l'accusé aurait été de sexe féminin.) Parfois, le moteur est en marche et parfois il ne l'est pas. L'accusé est invariablement en mesure de réfuter la présomption législative en convainquant le juge du procès qu'il n'occupait pas la place du conducteur dans le but de mettre en marche le véhicule (c'est-à-dire le conduire). Il voulait tout simplement dissiper son ivresse en dormant. Si, au moment où la police est intervenue, le moteur tournait, l'accusé affirme que c'était afin que le véhicule produise une chaleur nécessaire (le moyen de défense fondé sur le véhicule en tant que [TRADUCTION] « lieu où dormir et

où être au chaud »). Que le moteur ait tourné ou non, le ministère public réplique en prétendant qu'il existait néanmoins un risque que l'accusé mette le véhicule en marche. N'eût été l'intervention de la police, l'accusé aurait pu émerger de sa stupeur éthylique et décider de conduire, croyant par erreur que sa capacité de conduire n'était plus affaiblie. Le ministère public prétend qu'une personne qui cuve son alcool et qui, ensuite, se réveille, n'est pas en mesure d'évaluer sa propre sobriété et il invoque l'affaire *R. c. Shave*, [2005] M.J. No. 16 (C. prov.) (QL), comme illustration pratique de son propos. Toutefois, cela ne clôt pas le débat.

[39] L'accusé oppose plusieurs arguments à celui du ministère public qui est fondé sur la possibilité d'un changement d'avis. Premièrement, l'accusé insiste sur le fait que même si l'argument fondé sur le changement d'avis constitue une préoccupation valable, l'existence de cette préoccupation n'est pas en soi un motif suffisant pour inscrire une déclaration de culpabilité sous le régime de l'article 253. Une conclusion contraire signifierait qu'en droit, on peut déclarer une personne coupable en s'appuyant sur la norme minimale qu'est la [TRADUCTION] « simple possibilité ». En ce qui concerne cet argument précis, l'accusé cite, à bon droit, l'arrêt *Toews* comme exemple d'une instance où cette norme minimale a été implicitement rejetée. Deuxièmement, il prétend que si l'on applique l'arrêt *Toews*, le juge du procès doit tenir compte de l'ensemble des circonstances lorsqu'il s'agit d'apprécier le risque que l'accusé eût pu changer d'avis et décider de mettre le véhicule en mouvement. À cette fin, l'accusé essaie habituellement de convaincre le juge du procès que les faits concomitants n'appuient pas l'interprétation selon laquelle, n'eût été l'intervention de la police, il aurait agi d'une manière irrationnelle, changé d'avis et décidé de conduire. Pour contrer l'argument relatif au changement d'avis, l'accusé présente des éléments de preuve visant à établir que des mesures convenables avaient été prises afin de réduire le risque pour la sécurité publique, par exemple le fait qu'il avait pris des dispositions bien définies afin que quelqu'un d'autre ramène le véhicule chez lui ou qu'il avait déjà appelé un taxi et attendait qu'on passe le prendre au moment où la police est arrivée (le moyen de défense fondé sur un [TRADUCTION] « projet bien arrêté »).

[40] Dans la décision *Hanneman*, le juge Hill fait une analyse exhaustive de la jurisprudence. Au par. 51, il fait observer que dans des instances où l'accusé avait été trouvé en train de cuver son alcool, pendant que le moteur tournait, cinq cours d'appel ont, entre 1986 et 2000, confirmé des conclusions de garde ou de contrôle : [TRADUCTION] « Le fait de mettre le contact constitue un acte substantiel comportant une utilisation des accessoires d'un véhicule – conduite qui est presque toujours qualifiée d'acte de garde ou de contrôle ». Toutefois, le juge Hill conclut ensuite que dans aucune des décisions rendues par les cours d'appel, il n'y avait un [TRADUCTION] « quelconque projet détaillé ou bien arrêté afin d'empêcher que l'accusé puisse se réveiller à tout moment et, ayant les facultés affaiblies, estime à tort avoir recouvré la capacité de conduire ». Par contre, dans les décisions *Decker* et *Shuparski*, rendues en appel, les accusés ont été acquittés parce que la Cour a accepté le moyen de défense fondé sur l'existence d'un projet bien arrêté. Plus récemment, ce moyen de défense a été jugé insuffisant dans une autre décision rendue en appel, l'arrêt *Ogrodnick*. Certes, la jurisprudence révèle une différence subtile mais perceptible dans l'attitude des juges lorsqu'il s'agit de trancher ce genre d'instance et tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'évaluer le moyen de défense fondé sur l'existence d'un projet bien arrêté. Toutefois, chaque instance doit être tranchée en fonction des faits qui lui sont propres. Il incombe à l'accusé de convaincre le juge du procès que cet argument ou moyen de défense l'emporte sur la prétention du ministère public voulant qu'une personne trouvée en train de cuver son alcool dans un véhicule ne soit absolument pas en mesure d'affirmer qu'elle a ainsi fait preuve d'un jugement sûr. Si l'on tient tout cela pour exact, ce qui est clair, c'est que le danger est considéré comme un élément essentiel de l'infraction. Le fait que l'accusé ait été trouvé en état d'ébriété, ou avec une alcoolémie dépassant la limite légale, sur le siège avant, le moteur en marche, n'est plus déterminant.

[41] Je suis maintenant en mesure d'examiner les deux affaires qui ont été tranchées au Nouveau-Brunswick après l'arrêt *Toews*. La première dans l'ordre chronologique est l'arrêt *R. c. Diotte* (1991), 115 R.N.-B. (2^e) 195 (C.A.), [1991] A.N.-B. n° 323 (QL). Les faits sont assez simples. Un policier avait découvert une automobile qui était stationnée de travers au milieu d'une rue publique et qui obstruait une voie de

circulation. L'accusé était endormi sur le siège avant, la tête du côté du passager et les pieds dans les environs de l'accélérateur et de la pédale de frein. Il était également en état d'ébriété. L'accusé a été acquitté au procès et l'appel interjeté devant le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a été rejeté. L'appel interjeté devant notre Cour a été accueilli. Le juge en chef Stratton a ainsi expliqué, aux p. 204 et 205, ce que signifie l'expression [TRADUCTION] « risque pour la sécurité publique » :

[TRADUCTION]

Je crois qu'il est raisonnable de conclure, des faits prouvés, que la position du véhicule à moteur sur la voie publique constituait un risque et un danger immédiat pour le public utilisant cette voie. De plus, comme M. Diotte était directement en mesure de démarrer le véhicule, je suis d'avis qu'il y avait en l'espèce le risque que M. Diotte mette le véhicule en marche, ce qui aurait entraîné un danger encore plus grand pour le public.

[42] Si j'ai bien compris l'arrêt *Diotte*, une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'art. 253 aurait été justifiée pour deux motifs. Premièrement, le fait que le véhicule ait été stationné au milieu d'une voie publique créait un risque et un danger immédiat pour le public. Autrement dit, *Diotte* appuie l'interprétation selon laquelle peu importe qu'il y ait eu un risque que le véhicule soit mis en mouvement, le risque pour la sécurité publique peut prendre naissance d'une autre façon. Ainsi, il sera difficile à la personne qui est en état d'ébriété, assise sur le côté de la route, clefs en poche, dont le véhicule est au milieu de la route, le moteur éteint, le frein d'urgence serré et le levier de vitesses à la position arrêt, d'éviter une déclaration de culpabilité sous le régime de l'article 253. Bien que l'accusé puisse établir qu'il n'avait pas l'intention de conduire ou qu'il n'y avait aucun risque de mettre le véhicule en mouvement, que ce soit volontairement ou autrement, le fait de stationner un véhicule sur une voie publique est suffisant pour établir que l'interaction de l'accusé avec le véhicule a constitué un risque immédiat pour la sécurité publique.

[43] Le deuxième motif pour lequel l'accusé a été déclaré coupable dans l'affaire *Diotte* peut être lié à la notion qui veut que puisque l'accusé avait la capacité de

conduire son véhicule, bien qu'il ait été trouvé endormi sur le siège avant, il constituait un danger ou un risque pour la sécurité publique. Cette conclusion est inattaquable étant donné l'absence d'éléments de preuve appuyant la défense fondée sur un [TRADUCTION] « projet bien arrêté », qui n'a jamais été invoquée dans l'affaire *Diotte*.

[44] L'autre décision pertinente de notre Cour est l'arrêt *R. c. Clarke (P.)* (1997), 188 R.N.-B. (2^e) 123 (C.A.), [1997] A.N.-B. n° 154 (QL). Dans cette affaire, un policier avait trouvé l'accusé, dont les facultés étaient affaiblies, endormi au volant de son véhicule. La voiture était alors garée dans un terrain de stationnement, le moteur tournait et les phares étaient allumés. L'accusé avait été condamné au procès, mais cette décision a été infirmée par le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires pour le motif que l'accusé ne constituait pas un danger pour les autres parce qu'il n'avait pas l'intention de conduire. Notre Cour a, à bon droit, rétabli la déclaration de culpabilité. Le juge Bastarache (maintenant juge à la Cour suprême) qui rendait jugement au nom de la Cour, a souscrit à l'arrêt *Diotte* tout en exposant plus en détail les éléments constitutifs de l'infraction (aux par. 8 et 9) :

[...] L'infraction liée à la garde et au contrôle ne consiste pas dans l'intention de conduire le véhicule, mais dans l'intoxication volontaire et dans le fait que le délinquant pose certains actes d'utilisation du véhicule qui peuvent créer un danger pour le public.

[...]

Pour le déclarer coupable, il n'est pas nécessaire de prouver que le délinquant créait un danger immédiat pour le public. Ce qui constitue un problème de sécurité publique, c'est la possibilité que le véhicule soit mis en mouvement, délibérément ou non, par une personne en état d'ébriété [...].

[45] Nulle part dans l'arrêt *Clarke* on ne dit que le danger n'est pas un élément essentiel de l'infraction. Certes, on peut tenir pour acquis, sans crainte de se tromper, que le danger est présent dès lors qu'il est établi que l'accusé a été trouvé assis au volant pendant que le moteur tournait, compte tenu du risque que l'accusé change d'avis et

décide de conduire. Tout comme dans l'affaire *Diotte*, rien n'indique que l'accusé a invoqué le moyen de défense fondé sur l'existence d'un projet bien arrêté. En l'absence d'un argument de ce genre, il sera présumé qu'une personne qui est en état d'ébriété et qui est trouvée endormie au volant de son automobile constitue un danger pour la sécurité publique. Toutefois, cela ne veut pas dire que le danger n'est pas un élément essentiel de l'infraction.

VII. Le danger devrait-il être un élément essentiel de l'infraction?

[46] Puisque j'ai déterminé que notre Cour est fondée à décider si le danger constitue un élément essentiel de l'infraction, il reste à savoir si elle devrait suivre l'exemple des autres cours d'appel qui ont répondu à cette question par l'affirmative. Ma position n'est pas compliquée. Si le danger n'est pas déjà un élément essentiel de l'infraction, il devrait l'être, à une exception près. Dans les cas où le ministère public invoque la présomption législative et où l'accusé est incapable de la réfuter, ce dernier est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule conformément à l'alinéa 258(1)a) du *Code criminel*. Il est donc inutile de s'interroger sur l'existence d'un danger. Cela nous amène à définir les raisons de principe valables pour lesquelles nous devrions reconnaître que le danger constitue par ailleurs un élément essentiel de l'infraction. Je commence par la proposition qui veut que cet élément soit compatible avec le but et les objets du texte législatif en question. Les dispositions du *Code criminel* relatives à la conduite avec facultés affaiblies ont pour objectif immédiat l'élimination des préjudices susceptibles d'être causés au public. L'article 253 dispose que commet une infraction quiconque conduit un véhicule lorsque sa capacité de le faire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou, si le véhicule n'est pas en mouvement, en a la garde ou le contrôle. Cette disposition donne aux agents de police le pouvoir de détenir et d'arrêter les personnes qui constituent un danger immédiat ou éventuel pour la sécurité publique. Les personnes prises en train de conduire lorsque leur capacité de le faire est affaiblie constituent le danger immédiat. Celles qui ont la garde ou le contrôle d'un véhicule constituent une menace ou un risque éventuel de préjudice. L'élimination du danger ou du risque de préjudice est le principal objet des dispositions législatives en question. Par conséquent, on peut tenir pour acquis

que si l'interaction d'une personne avec son véhicule ne constituait pas un risque immédiat ou éventuel de préjudice ou un risque pour la sécurité publique, une déclaration de culpabilité sous le régime de l'article 253 ne serait pas conforme aux objectifs de ces dispositions législatives. Autrement dit, les tribunaux ne devraient pas déclarer coupables les personnes qui ne représentent pas une menace de cet ordre. Sur le plan juridique, il serait insensé d'éliminer le danger comme élément essentiel de l'infraction et d'insister pour soutenir qu'une déclaration de culpabilité peut être fondée sur la nature de l'interaction de l'accusé avec les accessoires du véhicule (le critère de « l'interaction suffisante »). Toute personne qui n'est pas juriste sait intuitivement qu'une personne ivre qui est assise au volant d'une automobile pendant que le moteur tourne a la garde ou le contrôle de ce véhicule, mais c'est aux personnes qui ont une formation en droit qu'il incombe d'expliquer pourquoi, en droit criminel, la notion de garde et de contrôle suppose davantage.

[47] Il est plus facile de défendre la position selon laquelle le danger devrait être un élément essentiel de l'infraction en contestant la validité du critère de l'interaction suffisante aux fins d'évaluer la garde ou le contrôle. Il semble draconien, à l'époque de la *Charte*, de statuer qu'une personne peut être déclarée coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule lorsque sa capacité de conduire était affaiblie, bien qu'elle n'ait nullement eu l'intention de mettre le véhicule en mouvement et que les faits n'appuient pas, par ailleurs, une conclusion de risque pour la sécurité publique. En statuant que ni l'intention de conduire ni l'existence d'un danger ne sont un élément essentiel de l'infraction, on s'exposerait à se faire reprocher que l'infraction présente une trop grande similitude avec une infraction de responsabilité absolue. Certes, la *mens rea* de l'infraction reste la même (l'intention d'assumer la garde ou le contrôle après la consommation volontaire d'alcool), mais on pourrait soutenir que l'idée que l'accusé ne puisse expliquer pourquoi il se trouvait dans le véhicule pendant qu'il était en état d'ébriété est incompatible avec les principes fondamentaux du droit criminel. En effet, la présomption législative énoncée à l'al. 258(1)a) du *Code criminel* a justement pour objet de protéger l'intérêt public sans exposer l'accusé à une infraction de responsabilité absolue. Voici ce qu'a écrit le juge en chef Dickson au par. 47 [QL] de l'arrêt *Whyte* :

Ce rappel historique indique que l'élément moral de cette infraction pose un problème grave parce que l'ivresse elle-même cause des doutes en ce qui a trait à l'état mental de l'accusé et à sa capacité de former une intention. La présomption a été créée par le législateur en réponse à cet historique. D'une part, il était contraire aux théories de responsabilité pénale qu'une personne puisse être déclarée coupable d'un acte criminel de responsabilité absolue sans pouvoir invoquer un moyen de défense fondé sur son état mental. D'autre part, comme l'a fait remarquer le ministre de la Justice, il est révoltant de constater qu'un accusé pourrait être acquitté d'une infraction dont un élément requis est la consommation d'alcool, parce qu'il était trop ivre pour être coupable. La présomption a été ajoutée pour régler les problèmes que soulèvent ces deux situations. Le législateur voulait décourager les gens en état d'ébriété de risquer de se placer dans une situation où ils pourraient mettre un véhicule en marche et en même temps leur fournir un moyen d'échapper à la responsabilité lorsqu'ils avaient un motif pour monter dans le véhicule autre que celui de le mettre en marche. Il va sans dire que la position adoptée constitue un compromis. Il s'agit d'une tentative pour équilibrer les dangers posés par une personne dont la capacité de raisonner est affaiblie par l'alcool et le désir d'éviter les infractions de responsabilité absolue. Le législateur a tenté de reconnaître que l'alcool, en raison de ses effets sur les facultés de raisonnement, peut dans certains cas exiger un traitement spécial tout en évitant de recourir aux infractions de responsabilité absolue.

[C'est le juge Robertson qui souligne.]

[48] Il n'a pas échappé à mon attention que dès lors que le critère de l'interaction suffisante (le fait de faire démarrer le moteur) est accepté comme moyen d'établir la garde ou le contrôle, le ministère public n'est plus tenu d'invoquer la présomption législative dans les cas où l'accusé est trouvé assis à la place du conducteur. D'ailleurs, dans l'affaire *Rousseau*, le ministère public avait choisi de ne pas s'appuyer sur la présomption, vraisemblablement pour le motif qu'il est plus facile d'établir la culpabilité. Il ne sert à rien d'invoquer la présomption législative et de demander à l'accusé d'établir qu'il n'avait pas l'intention de conduire si tout ce que le droit exige, c'est que l'on prouve trois faits simples : l'accusé était en état d'ébriété, l'accusé a été trouvé assis au volant et le moteur tournait. Ce qui fait problème, toutefois, c'est que le

critère de l'interaction suffisante a pour effet de compromettre un des objectifs législatifs qui sont à l'origine de la présomption législative : faire en sorte que l'infraction visée à l'art. 253 du *Code criminel* ne devienne pas une infraction de responsabilité absolue.

[49] Le recours au critère ou à la démarche fondés sur l'interaction suffisante aux fins de déterminer s'il y a eu garde ou contrôle est, de plus, trompeur. Je m'explique. Si le ministère public était autorisé à établir la garde ou le contrôle en prouvant l'existence d'une interaction suffisante entre l'accusé et les accessoires du véhicule, une question se poserait, en toute logique : qu'est-ce qui constitue une interaction suffisante aux fins d'établir la culpabilité? Si l'on examine la jurisprudence, il n'y a qu'une seule réponse évidente : le moment où l'accusé fait démarrer le moteur. La jurisprudence indique que le fait de glisser la clef dans le contact n'est pas en soi suffisant pour étayer une conclusion de culpabilité et la même chose est vraie en ce qui concerne le fait de faire jouer la stéréo de la voiture : *Toews*. Nous savons aussi que l'utilisation de la radio d'un taxi pour signaler un accident n'engage pas la responsabilité criminelle : voir l'arrêt *Whyte*, à la page 19 [R.C.S.], où il est question de l'arrêt *Appleby*. Cela ne laisse qu'un autre acte évident : le fait d'avoir fait démarrer le moteur du véhicule dont l'accusé aurait eu, prétend-on, la garde ou le contrôle. Or pourquoi cet acte est-il à lui seul suffisant pour établir la garde ou le contrôle? Je n'ai pas la réponse à cette question. Personne n'a non plus tenté d'expliquer pourquoi le droit ne devrait pas exiger que l'on tienne compte de l'ensemble des circonstances qui ont mené à l'arrestation de l'accusé avant de décider si la garde ou le contrôle a été établi.

[50] Si j'ai raison d'affirmer que le critère de l'interaction suffisante n'est pas un véritable critère mais plutôt une déclaration selon laquelle quiconque est trouvé ivre au volant de son véhicule pendant que le moteur tourne est coupable de l'infraction, il est clair que ce pseudo-critère prête le flanc à une autre critique : il donne lieu à des résultats arbitraires. L'hypothèse suivante illustre cette allégation. La section locale de la Légion ferme à 1 heure du matin et il fait trente degrés sous zéro. Avant de partir, le client qui est en état d'ébriété téléphone chez lui et prend des dispositions afin qu'un membre de sa famille passe le prendre dans les vingt minutes suivantes. L'accusé se rend alors à sa

voiture, prend place derrière le volant et fait démarrer le moteur pour rester au chaud en attendant qu'on vienne le prendre. Dans l'intervalle, la police arrive sur les lieux et s'approche de l'accusé qui est toujours assis sur le siège avant. Une minute plus tard, le membre de la famille arrive et se gare à côté des deux voitures. Selon le ministère public, il faudrait que l'accusé soit déclaré coupable parce que la police l'a aperçu assis au volant pendant que le moteur tournait. En fait, le ministère public insisterait pour soutenir que l'accusé n'a pas le droit d'expliquer les circonstances dans lesquelles il a décidé de monter dans le véhicule et de faire démarrer le moteur alors qu'il avait les facultés affaiblies. Maintenant, modifions un des faits de cette hypothèse. Au lieu d'avoir fait démarrer le moteur avant que la police arrive sur les lieux, supposons que l'accusé a simplement mis les clefs dans le contact. Depuis la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Toews*, nous savons qu'une déclaration de culpabilité ne serait pas automatiquement prononcée. L'accusé aurait le droit d'opposer le moyen de défense fondé sur l'existence d'un projet bien arrêté à l'argument du ministère public selon lequel l'accusé aurait pu changer d'avis. Dans une affaire où les faits étaient similaires, l'affaire *R. c. Friesen*, précitée, l'accusé a été acquitté de l'infraction. J'estime que la différence entre le fait de mettre la clef dans le contact et celui de l'utiliser pour faire démarrer le moteur du véhicule ne saurait être le facteur déterminant. Tant cette distinction que ses conséquences sur le plan juridique peuvent être qualifiées d'« arbitraires ». Il n'y a aucune raison d'ordre juridique pour laquelle on devrait permettre que la distinction produise des résultats différents.

[51] Finalement, et sur une note positive, le danger comme élément essentiel de l'infraction est le courant unificateur qui favorise la certitude au sein de la jurisprudence tout en assurant l'équilibre entre les droits de l'accusé et les objectifs du texte législatif. À l'heure actuelle, la base de données Quicklaw nous apprend qu'il existe plus de 3 000 instances relatives à la garde et au contrôle. Elle nous dit également qu'elle cesse de compter lorsque le chiffre dépasse 3 000. Il s'agit d'un domaine du droit qui a une incidence sur la vie quotidienne de Canadiens qui, autrement, n'auraient jamais eu affaire au système de justice pénale. Les conséquences financières d'une déclaration de culpabilité ont sans doute un rapport avec les chiffres. Toutefois, quelles que soient les

raisons qui expliquent ce nombre considérable d'instances, le droit devrait s'assurer que les cas semblables sont traités de façon semblable. Comme l'a judicieusement fait observer le juge Hill au par. 44 de la décision *Hannemann* : [TRADUCTION] « Bien qu'il y ait des limites à l'utilité des comparaisons au cas par cas lorsque chaque poursuite découle de faits qui lui sont propres, des règles de droit précises, organisées et non ambiguës devraient produire des résultats uniformes. Certes, les actes de garde et de contrôle peuvent varier énormément, et chaque instance dépend des faits, mais un régime juridique rationnel devrait avoir comme objectif l'établissement d'une ligne de démarcation qui soit fondée sur des principes ». Je souscris à cet énoncé et la façon d'atteindre cet objectif consiste à reconnaître que le danger est un élément essentiel de l'infraction.

VIII. Analyse et application

[52] Si l'on reconnaît que le danger est un élément essentiel de l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule, il incombe néanmoins à notre Cour d'appliquer le cadre analytique qui convient aux fins de déterminer si le juge du procès a commis une erreur en acquittant l'appelant. Voici mon interprétation du droit applicable. Dans les instances relatives à la garde ou au contrôle, le juge du procès a pour tâche ultime de décider si le ministère public s'est acquitté de la charge d'établir hors de tout doute raisonnable que l'interaction de l'accusé avec son véhicule a constitué un danger ou, selon les expressions qui sont parfois employées, un [TRADUCTION] « risque de danger » ou un [TRADUCTION] « risque pour la sécurité publique ». Si les faits établissent hors de tout doute raisonnable qu'il existait un risque que l'accusé mette le véhicule en mouvement, volontairement ou non, ou si les faits appuient par ailleurs une conclusion de danger (le fait d'avoir stationné son véhicule au milieu d'une voie publique, par ex.), la garde ou le contrôle aura été établi. Il va sans dire qu'il s'agit là d'un cadre général. Bien que l'intention de conduire (de mettre le véhicule en mouvement) ne soit pas un élément essentiel de l'infraction, si cette intention est prouvée, elle peut donner lieu à une déclaration de culpabilité. À cet égard, le ministère public a la possibilité d'invoquer la présomption énoncée à l'al. 258(1)a) du *Code*

criminel. S'il est établi que l'accusé occupait la place du conducteur, c'est à l'accusé qu'il incombe d'établir, par prépondérance de la preuve, que ce n'était pas dans le but de mettre le véhicule en mouvement. L'accusé qui ne réussit pas à réfuter cette présomption sera réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule et, sous réserve des autres moyens de défense susceptibles d'être invoqués, une déclaration de culpabilité suivra. De plus, l'omission de réfuter la présomption a pour effet, en droit, de dispenser la Cour de la nécessité de s'interroger sur l'existence d'un danger. Si, toutefois, l'accusé réfute la présomption, le ministère public a néanmoins le droit d'établir qu'il y a « réellement » eu garde ou contrôle en prouvant qu'il existait un risque que le véhicule soit involontairement mis en mouvement ou qu'un danger immédiat pour la sécurité publique soit créé d'une autre façon (voir les affaires *Decker* et *Hannemann*). Lorsqu'il applique ce cadre général, le juge du procès doit tenir compte de l'ensemble des circonstances qui ont précédé l'intervention, habituellement celle des policiers. Surtout, il n'est pas permis au juge du procès d'isoler certains faits et d'estimer que ces faits sont suffisants aux fins d'établir l'existence d'un risque pour la sécurité publique. Une dernière chose. En ce qui concerne les instances où l'accusé « cuvait son alcool », les arguments relatifs au « changement d'avis » et à l'existence d'un « plan bien arrêté » sont parfois invoqués et pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si la présomption législative a été réfutée (par exemple dans l'affaire *Hannemann*). Dans d'autres instances, le juge du procès peut examiner ces arguments après avoir tout d'abord statué que l'accusé a réfuté la présomption selon laquelle il avait l'intention de conduire. Dans l'un et l'autre cas, le résultat devrait être le même.

[53] Pour en revenir à l'affaire qui nous occupe, le ministère public a choisi d'invoquer la présomption législative et a été en mesure d'établir que l'accusé a occupé la place du conducteur pendant que son alcoolémie dépassait la limite légale. Ensuite, le juge du procès a souscrit à l'argument de l'appelant selon lequel il n'occupait pas cette place dans le but de mettre en mouvement son véhicule. Puisque cette conclusion n'a été contestée devant aucune juridiction, le ministère public ne dispose plus que de deux arguments : il existait, dans les circonstances, un risque que l'appelant mette involontairement son véhicule en mouvement ou encore, l'interaction de l'accusé avec le

véhicule a constitué, dans les circonstances, un risque pour la sécurité publique. Ni l'un ni l'autre de ces arguments n'ont été invoqués au procès et ce, pour une raison évidente : il n'y a aucun fait susceptible d'appuyer l'un ou l'autre. De plus, le ministère public n'a pas essayé de prétendre qu'entre le moment où l'appelant a fait démarrer le moteur du camion et celui où il l'a éteint, il y a eu un risque qu'il change d'avis et qu'il parte au volant du véhicule. Si cet argument avait été invoqué, je l'aurais sommairement rejeté parce qu'irréaliste ou fallacieux. Toutefois, si les faits avaient établi que l'appelant a éteint le moteur et est descendu de son camion afin d'éviter la police, le juge du procès aurait fort bien pu en arriver à un verdict différent. Or, comme nous l'avons dit dès le début, les cours d'appel doivent jouer les cartes que le juge du procès leur a distribuées à moins, bien entendu, qu'une erreur manifeste et dominante ne soit établie.

IX. Conclusion

[54] En conclusion, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur en interprétant d'une façon erronée les principes juridiques sur lesquels le juge du procès s'est appuyé pour acquitter l'appelant. Parallèlement à cela, le juge du procès n'a pas commis d'erreur de fait ou de droit en acquittant l'appelant. Par conséquent, conformément au par. 839(1) du *Code criminel*, il y a lieu d'accueillir la demande d'autorisation d'appel et l'appel. Il y a lieu d'annuler la décision du juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires et de rétablir et de confirmer celle du juge du procès.