

Gail Roberta St. Pierre *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ST. PIERRE

File No.: 23518.

1994: December 2; 1995: March 2.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Motor vehicles — Driving while “over 80” — Breathalyzer test — Presumption of accuracy — Presumption of identity — Accused claiming to have consumed two miniature bottles of vodka while waiting to take breathalyzer test — Whether presumption in s. 258(1)(c) of Criminal Code applies — Meaning of “evidence to the contrary” — Whether evidence must tend to show that accused’s blood alcohol level was within permissible limit at time of alleged offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).

The accused was charged with having the care or control of a motor vehicle while her blood alcohol level was over .08, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*. She was stopped because a police officer saw her driving erratically. After speaking to her, the officer concluded that she had been consuming alcohol. The accused failed a roadside screening test and was taken to the police station for breathalyzer tests. She had to wait about an hour for her testing session. She went to the washroom three times during that period. The accused then provided two breath samples, each of which produced a reading of 180 mg of alcohol in 100 ml of blood. Shortly after the tests, the accused showed the officer two empty 50 ml vodka bottles and told him she was an alcoholic and had consumed the contents of the bottles while in the washroom, to calm herself. The officer testified that the bottles contained no residue, and did not smell of vodka. The Crown relied on the test results to prove that the accused’s blood alcohol level at the time of the alleged offence was over .08, relying on the presumption in s. 258(1)(c) of the *Code*, which applies “in the absence of evidence to the contrary”. The trial judge found that the presumption did not apply,

Gail Roberta St. Pierre *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ST. PIERRE

N° du greffe: 23518.

1994: 2 décembre; 1995: 2 mars.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Véhicules à moteur — Conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» — Alcootest — Présomption d'exactitude — Présomption d'identité — L'accusée soutient avoir bu le contenu de deux petites bouteilles de vodka pendant qu'elle attendait de subir un alcootest — La présomption prévue à l'art. 258(1)(c) du Code criminel s'applique-t-elle? — Signification de «preuve contraire» — La preuve doit-elle tendre à montrer que l'alcoolémie de l'accusée était inférieure à la limite permise au moment de l'infraction reprochée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 258(1)(c).

L'accusée a été inculpée d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur lorsque son alcoolémie dépassait 0,08, en contravention de l'al. 253b) du *Code criminel*. Elle a été interpellée par un policier qui l'avait vue conduire son véhicule de façon irrégulière. Après lui avoir parlé, le policier a conclu qu'elle avait bu. L'accusée a échoué au test de détection effectué en bordure de la route et a été conduite au poste de police pour y subir des alcootests. Elle a dû attendre environ une heure avant de subir les tests. Dans l'intervalle, elle est allée aux toilettes à trois reprises. Elle a ensuite fourni deux échantillons d'haleine et, dans les deux cas, le résultat a été de 180 mg d'alcool par 100 ml de sang. Peu après, elle a montré au policier deux bouteilles de 50 ml de vodka vides, l'a informé qu'elle était alcoolique et qu'elle avait bu le contenu des bouteilles aux toilettes, pour se calmer. Le policier a témoigné que les bouteilles ne contenaient aucun résidu et ne sentaient pas la vodka. Le ministère public s'est appuyé sur les résultats des tests pour prouver que l'alcoolémie de l'accusée au moment de l'infraction alléguée dépassait 0,08, invoquant la présomption contenue à l'al. 258(1)(c) du *Code*, qui s'applique «en l'absence de toute preuve con-

since there was evidence that the blood alcohol concentration at the time of driving was different from that revealed by the test, and acquitted the accused. The summary conviction appeal court upheld the acquittal. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed that the accused be convicted of the offence.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The presumption of identity in s. 258(1)(c) of the *Code* assists the Crown over the hurdle of having to prove in every case that the accused's blood alcohol level at the time of driving was the same as his or her blood alcohol level at the time of testing. The presumption of accuracy in s. 258(1)(g), on the other hand, together with s. 25 of the *Interpretation Act*, establishes a presumption that the reading received on the breathalyzer provides an accurate determination of the accused's blood alcohol level at the time of the testing. These two presumptions must be kept separate: they arise from two entirely different provisions, they help the Crown over two entirely different evidentiary hurdles, and consequently the evidence necessary to rebut them is different. This Court's decisions in *R. v. Moreau* and *R. v. Crosthwait* are distinguishable from the present case as they address the presumption of accuracy rather than the presumption of identity.

"Evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) means evidence which shows that the accused's blood alcohol level at the time of driving was different from his or her blood alcohol level at the time of testing. It need not show that the accused's blood alcohol level at the time of driving was below .08. The plain wording of the section supports this conclusion. The presumption of identity is a temporal presumption designed to simplify the evidentiary necessity of bridging the time gap between the breathalyzer test and the offence. It is simply a shortcut for the Crown, and if the accused is able to show that the shortcut should not apply in this case, and that his or her blood alcohol level was different at the time of driving from that at the time of the test, then it would be unreasonable to apply the presumption, and on the wording of the section, the presumption would be rebutted. The elements of the offence can be proved in other ways, however. It may be possible to use expert evidence on alcohol absorption rates to work backwards in order to establish what the accused's blood alcohol level would have been at the time of driving. The mere

traire». Le juge du procès a conclu que la présomption ne s'appliquait pas puisqu'il y avait une preuve que l'alcoolémie au volant était différente de celle indiquée par l'alcootest, et a acquitté l'accusée. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a maintenu l'acquittement. La Cour d'appel a fait droit à l'appel du ministère public et imposé un verdict de culpabilité de l'accusée à l'égard de l'infraction.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et l'acquittement est rétabli.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: La présomption d'identité contenue à l'al. 258(1)c) du *Code* aide le ministère public à surmonter la difficulté que pose, dans chaque cas, la preuve que l'alcoolémie de l'accusé au volant correspondait à son alcoolémie au moment de l'alcootest. La présomption d'exactitude prévue à l'al. 258(1)g), quant à elle, de pair avec l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*, établit une présomption selon laquelle le relevé de l'alcootest fournit une mesure exacte de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest. Il est important de séparer ces deux présomptions: elles découlent de deux dispositions entièrement distinctes, elles aident le ministère public à vaincre deux difficultés de preuve entièrement différentes et, par conséquent, la preuve requise pour les combattre est différente. La situation dans les arrêts de notre Cour *R. c. Moreau* et *R. c. Crosthwait* diffère de la présente affaire car ils concernent la présomption d'exactitude et non la présomption d'identité.

L'expression «preuve contraire» employée à l'al. 258(1)c) signifie une preuve montrant que l'alcoolémie de l'accusé au moment où il est au volant et au moment de l'alcootest est différente. Elle n'a pas à montrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment où il était au volant était inférieure à 0,08. Le langage clair de la disposition étaye cette conclusion. La présomption d'identité est une présomption temporelle destinée à simplifier la preuve nécessaire pour remplir l'intervalle entre le moment de l'alcootest et le moment de l'infraction. Elle n'est qu'un raccourci offert au ministère public et, si l'accusé est en mesure de montrer que le raccourci ne doit pas servir dans son cas et que son alcoolémie au volant était différente de son alcoolémie au moment de l'alcootest, alors il ne serait pas raisonnable d'appliquer la présomption, qui, vu le libellé de la disposition, serait réfutée. Les éléments de l'infraction peuvent cependant être prouvés par d'autres moyens. Il est peut-être possible de recourir au témoignage d'experts sur les taux d'assimilation de l'alcool afin de remonter dans les temps et d'établir ce que l'alcoolémie de l'accusé aurait

fact that the presumption of identity is rebutted does not render the certificate of analysis inadmissible. It, along with the expert's testimony and any other relevant evidence, may be easily capable of supporting a conviction. Moreover, even if a conviction on "over 80" is not possible, a conviction for impaired driving may well be possible on the strength of the arresting officer's testimony.

Requiring the accused to show that his or her blood alcohol level at the time of driving was below .08 would place the onus on the accused to establish his or her own innocence. Since this position arguably raises concerns under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it should not be accepted, especially when there is another interpretation that does not raise such concerns. Finally, s. 258(1) refers to s. 253 in language that indicates that the presumptions operate with respect to impaired driving under s. 253(a) as well as the "over 80" offence in s. 253(b). This is further argument to conclude that evidence to the contrary does not relate to evidence showing a reading below the legal limit, but only to the temporal presumption.

The effect of normal biological processes of absorption and elimination of alcohol cannot of and by itself constitute "evidence to the contrary", because Parliament can be assumed to have known that blood alcohol levels constantly change, yet it saw fit to implement the presumption.

The evidence that the accused drank the two small bottles of vodka is "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c). Therefore, the Crown cannot rely on the presumption that her blood alcohol level at the time of the testing was the same as her blood alcohol level at the time of the offence. Since there was no other evidence establishing her blood alcohol level at the time of the offence, she must be acquitted.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): "Evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c) is evidence which tends to show that there is a legally material difference between the accused's blood alcohol level at the time of testing and at the time of the offence. Section 258(1)(c) is the source of both the presumption of accuracy and

été au moment où il était au volant. Le simple fait que la présomption d'identité est réfutée ne rend pas le certificat de l'analyste inadmissible. Celui-ci, combiné au témoignage de l'expert et à tout autre élément de preuve pertinent, peut facilement justifier la déclaration de culpabilité. De plus, même si une déclaration de culpabilité en raison d'une alcoolémie de «plus de 80» n'est pas possible, il se peut qu'il soit possible de déclarer l'accusé coupable de conduite avec facultés affaiblies sur la foi du témoignage de l'agent qui l'a arrêté.

Exiger de l'accusé qu'il prouve que son alcoolémie au moment où il était au volant était inférieure à 0,08 ferait peser sur lui la charge de prouver son innocence. Puisque l'on pourrait soutenir que cette position soulève des questions au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle doit être rejetée, en particulier lorsqu'une autre interprétation possible ne suscite pas de telles questions. Enfin, le par. 258(1) renvoie à l'art. 253 en des termes qui indiquent que les présomptions s'appliquent à l'accusation de conduite avec facultés affaiblies visée à l'al. 253(a) et à l'infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80», prévue à l'al. 253(b). C'est un autre argument qui nous amène à conclure qu'une preuve contraire n'est pas une preuve établissant une alcoolémie inférieure à la limite légale, mais qu'elle ne se rapporte qu'à la présomption temporelle.

L'effet du processus biologique normal de la transformation de l'alcool par le métabolisme ne saurait en soi constituer une «preuve contraire», parce qu'il faut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie variait continuellement et qu'il a néanmoins jugé bon d'établir cette présomption.

La preuve que l'accusée a bu les deux petites bouteilles de vodka est une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)(c). Le ministère public ne peut donc pas s'appuyer sur la présomption que son alcoolémie au moment de l'alcootest correspondait à son alcoolémie au moment de l'infraction. Comme aucun autre élément de preuve n'établit son alcoolémie au moment de l'infraction, elle doit être acquittée.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): Une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)(c) est une preuve tendant à démontrer qu'il existe une différence pertinente en droit entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie au moment de l'infraction. L'alinéa 258(1)(c) se révèle être la source à la fois de la présomp-

the presumption of identity. "Evidence to the contrary" is evidence which will tend to negate either (1) the presumption that the breathalyzer result is an acceptably accurate indicator of the accused's blood alcohol level at the time of the test; or (2) the presumption that the accused's blood alcohol level at the time of the test is acceptably representative of his blood alcohol level at the time of the offence.

Plain meaning must not be used as an end in itself, particularly where it inevitably leads to absurd results which must be inconsistent with what Parliament would have intended, and with the purpose of the legislation. The proposed "plain meaning" approach to s. 258(1)(c) leads to absurd results. In the case of a "drinking after driving" defence, it would suffice for an accused to adduce credible evidence of any amount of post-driving drinking, no matter how little, in order to rebut the presumption. The Crown would then have to undertake the time and expense of calling an expert toxicologist to testify to the fact that the effect of the quantity of alcohol consumed after driving would not have been significant enough, given the accused's sex, weight and size, to raise a possibility that the accused's blood alcohol would have been under the legal limit were it not for the additional alcohol. Even more absurd is the application of this approach to the "last drink" defence: an accused would need only to adduce evidence of having consumed one or several drinks in rapid succession immediately before embarking in his vehicle in order to rebut the presumption in s. 258(1)(c). Moreover, preserving the distinction between the presumption of accuracy and the presumption of identity would result in different standards as to what constituted "evidence to the contrary" stemming from the very same provision of the *Code*, and such an incongruous result could surely not have been intended by Parliament.

Parliament enacted the presumption in s. 258(1)(c) in clear recognition of the difficulty and expense of requiring expert evidence in virtually every alcohol-related driving offence. The presumption strikes a fair balance between collective and individual interests by permitting the efficient and effective enforcement of impaired driving laws in a way that does not in any material sense prejudice the right of individual accused to a full and fair trial. Parliament could not have intended this presumption to be suspended in every case where the accused invokes either the "last drink" defence or the "post-driving drinking" defence, where there is not even an iota of proof to suggest that the discrepancy occasioned by the alcohol consumption would be of any

tion d'exactitude et de la présomption d'identité. Une «preuve contraire» est une preuve qui tendra à réfuter soit (1) la présomption selon laquelle le résultat de l'alcootest est une indication, dont l'exactitude est acceptable, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où il est effectué, soit (2) la présomption selon laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest est une indication acceptable de son alcoolémie au moment de l'infraction.

Le recours au sens manifeste ne doit pas être une fin en soi, surtout s'il conduit inévitablement à des résultats absurdes qui ne sauraient être compatibles avec ce que le Parlement avait en vue et avec l'objet de la disposition. La norme du «sens manifeste» proposée relativement à l'al. 258(1)c) conduit à des résultats absurdes. Dans le cas de la défense «du verre après avoir conduit», il suffirait que l'accusé présente une preuve crédible d'absorption d'alcool après avoir été au volant, aussi minime soit-elle, afin de réfuter la présomption. Le ministère public devrait alors consacrer temps et argent pour faire témoigner un toxicologue afin de démontrer que l'effet de l'absorption d'une quantité d'alcool postérieurement à la conduite de son véhicule n'aurait pas été suffisant, vu le sexe, le poids et la taille de l'accusé, pour soulever la possibilité que son alcoolémie ait été, sans cette consommation additionnelle, inférieure à la limite prévue par la loi. Plus absurde encore est l'application de ce point de vue à la défense du «dernier verre»: l'accusé n'a qu'à faire la preuve qu'il a consommé un ou plusieurs verres rapidement et successivement immédiatement avant de monter dans son véhicule pour réfuter la présomption de l'al. 258(1)c). De plus, préserver la distinction entre la présomption d'exactitude et la présomption d'identité mènerait à l'adoption de normes différentes pour apprécier ce qui constitue une «preuve contraire» à partir d'une seule et même disposition du *Code* et, à n'en pas douter, le législateur n'a pu souhaiter un résultat aussi incongru.

Le législateur a édicté la présomption de l'al. 258(1)c) après avoir clairement reconnu les difficultés et les frais qu'entraînait l'obligation de recourir à des témoignages d'experts dans pratiquement tous les cas d'infractions liées à l'alcool au volant. La présomption établit un juste équilibre entre les droits collectifs et individuels en permettant l'application efficace des lois relatives à la conduite avec facultés affaiblies d'une manière qui ne porte pas atteinte de manière significative au droit des accusés à un procès juste et équitable. Le législateur n'a pu vouloir que cette présomption soit suspendue chaque fois que l'accusé invoque la défense du «dernier verre» ou celle du «verre après avoir conduit», lorsqu'il n'y a pas la moindre preuve autorisant à

legal relevance to conviction or acquittal on a charge of "over 80", and where the only effect in the vast majority of cases is to increase the time and expense of successful prosecution.

References in s. 258(1)(c) to actual blood alcohol levels, although legally irrelevant for the purposes of conviction on an "over 80" charge, can nonetheless have meaningful sentencing implications with respect to such prosecutions. Further, where the Crown seeks to rely on a breathalyzer result for the purposes of supporting an impairment charge under s. 253(a), then any evidence tending to raise a doubt as to impairment is legally material.

While the reversal of burden created by s. 258(1)(c) may indeed constitute a breach of s. 11(d) of the *Charter*, since this statutory presumption relieves the Crown of its duty to prove independently all the elements of the offence beyond a reasonable doubt, such an infringement would very likely survive *Charter* scrutiny under s. 1 as a reasonable and demonstrably justifiable limit on the right, given the overwhelming importance of effective enforcement measures to curb the dangers of drunk driving. Policy considerations support the interpretation that "evidence to the contrary" must go to a legally material issue. If an accused wishes to question the representativeness of the breathalyzer result on the basis that the reading could be overestimating his blood alcohol level at the time of the offence, and the reason for that discrepancy is his own wilful conduct, then it would seem only just and consistent with the mischief that Parliament sought to address by way of this presumption that he assume the burden of adducing some evidence which tends to show that this discrepancy is legally relevant to the outcome of the charge.

"Evidence to the contrary" in this case must be evidence capable of raising a reasonable doubt that the accused was under the legal limit at the time of the offence. Since no evidence was adduced to this effect, the Crown was entitled to rely on the presumption in s. 258(1)(c) and consequently proved all the elements of the offence.

penser que l'écart engendré par l'absorption d'alcool serait d'une quelconque pertinence en droit quant à une déclaration de culpabilité ou à un acquittement à l'égard d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80», et lorsque cela a, dans l'immense majorité des cas, pour seul effet d'accroître le temps et les frais nécessaires à la réussite d'une poursuite.

Bien qu'elles ne soient pas pertinentes en droit aux fins d'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80», les références à l'alcoolémie réelle qu'on trouve à l'al. 258(1)c) peuvent néanmoins avoir une importance significative quant à ce type de poursuite. En outre, lorsque le ministère public cherche à invoquer le résultat d'un alcootest aux fins d'étayer une accusation de conduite avec facultés affaiblies sous le régime de l'al. 253a), toute preuve tendant à soulever un doute quant à l'affaiblissement des facultés est pertinente en droit.

Bien que le renversement du fardeau opéré par l'al. 258(1)c) puisse de fait constituer une violation de l'al. 11d) de la *Charte*, puisque cette présomption décharge le ministère public de son obligation de prouver de façon indépendante et hors de tout doute raisonnable l'ensemble des éléments de l'infraction, une telle violation subirait très vraisemblablement avec succès le test de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable dont la justification peut se démontrer, étant donné l'importance prépondérante de disposer de mesures d'application efficaces pour diminuer les dangers associés à l'alcool au volant. Des considérations d'ordre public soutiennent l'interprétation que la «preuve contraire» doit se rapporter à une question pertinente en droit. Si l'accusé souhaite remettre en cause l'exactitude de l'alcootest au motif qu'il pourrait y avoir surestimation de son alcoolémie au moment de l'infraction, et que cet écart est attribuable à sa propre conduite intentionnelle, il ne semblerait que juste et compatible avec le problème que le législateur cherchait à enrayer au moyen de la présomption, qu'il assume le fardeau de présenter quelque élément de preuve tendant à démontrer que cet écart est pertinent en droit quant au sort de l'accusation.

La «preuve contraire» en l'espèce doit être une preuve susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusée n'avait pas dépassé la limite prévue par la loi au moment de l'infraction. Puisque aucune preuve n'a été présentée à cet effet, le ministère public avait le droit de se fonder sur la présomption de l'al. 258(1)c), et conséquemment il a prouvé tous les éléments de l'infraction.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261; *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; **disapproved:** *R. v. Pryor* (1994), 93 C.C.C. (3d) 108; *R. v. Andrews* (1983), 22 M.V.R. 213; *R. v. Hughes* (1982), 70 C.C.C. (2d) 42; **referred to:** *R. v. White* (1986), 41 M.V.R. 82; *R. v. Creed* (1987), 7 M.V.R. (2d) 184; *R. v. Kays* (1987), 3 M.V.R. (2d) 209; *R. v. Gallagher* (1981), 64 C.C.C. (2d) 533; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *Batley v. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257; *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Kizan* (1981), 58 C.C.C. (2d) 444.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Crosthwait, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261; *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513; *Batley v. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d). *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. c. 27 (1st Supp.)], ss. 253 [rep. & sub. c. 32 (4th Supp.), s. 59], 258(1)(c), (g). *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 25(1).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Martin, John C. *Martin's Annual Criminal Code 1995*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.
Porter, Shawn. "«Evidence to the Contrary» in Drinking and Driving Cases" (1994), 5 J.M.V.L. 277.
Selected Judgments of the Supreme Court of Israel, vol. VIII. Tel Aviv: Shmuel Press Ltd., 1992.
Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Impaired Driving — Canada, 1992" (1994), 14:5 *Juristat* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 215, 76 C.C.C. (3d) 249, 39 M.V.R. (2d) 157, 16 C.R. (4th) 220, 58 O.A.C. 47, allowing the Crown's appeal from a judgment of Clarke J. (1991), 30 M.V.R. (2d) 13, upholding Reilly Prov. Ct. J.'s acquittal of the

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec les arrêts: *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; **arrêts critiqués:** *R. c. Pryor* (1994), 93 C.C.C. (3d) 108; *R. c. Andrews* (1983), 22 M.V.R. 213; *R. c. Hughes* (1982), 70 C.C.C. (2d) 42; **arrêts mentionnés:** *R. c. White* (1986), 41 M.V.R. 82; *R. c. Creed* (1987), 7 M.V.R. (2d) 184; *R. c. Kays* (1987), 3 M.V.R. (2d) 209; *R. c. Gallagher* (1981), 64 C.C.C. (2d) 533; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *Batley c. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257; *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. c. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513; *R. c. Kizan* (1981), 58 C.C.C. (2d) 444.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Crosthwait, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261; *R. c. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513; *Batley c. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d). *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 253 [abr. et rempl. ch. 32 (4^e suppl.), art. 59], 258(1)c), g). *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 25(1).

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Martin, John C. *Martin's Annual Criminal Code 1995*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.
Porter, Shawn. "«Evidence to the Contrary» in Drinking and Driving Cases" (1994), 5 J.M.V.L. 277.
Selected Judgments of the Supreme Court of Israel, vol. VIII. Tel Aviv: Shmuel Press Ltd., 1992.
Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1992» (1994), 14:5 *Juristat* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 215, 76 C.C.C. (3d) 249, 39 M.V.R. (2d) 157, 16 C.R. (4th) 220, 58 O.A.C. 47, qui a accueilli l'appel du ministère public contre une décision du juge Clarke (1991), 30 M.V.R. (2d) 13, qui avait maintenu l'acquitte-

appellant on a charge of having care or control of a motor vehicle with a blood alcohol level of over .08. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Graham Webb, for the appellant.

David Finley, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal raises the issue of the meaning of “evidence to the contrary” found in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

I. Factual Background

On March 29, 1989, the appellant was charged with having the care or control of a motor vehicle while the concentration of alcohol in her blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 ml of blood contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*. The appellant was stopped because a police officer saw her driving her motor vehicle in an erratic manner. After speaking to her, the officer concluded that she had been consuming alcohol. The appellant failed an ALERT roadside screening device test and was taken to the police station for two breathalyzer tests.

Because the breathalyzer operator was occupied with another driver, the appellant had to wait approximately one hour for her testing session. In the interim, the appellant went to the washroom at 1:33 a.m., returning at 1:36 a.m. At 1:42 a.m., the appellant had a glass of water. At 1:56 a.m. the appellant had a second glass of water, and entered the washroom a second time. At 2:14 a.m. she attended at the washroom a third time, returning at 2:17 a.m.

The appellant provided breath samples at 2:17 a.m. and 2:37 a.m., both of which produced a reading of 180 mg of alcohol in 100 ml of blood.

ment de l'appelante prononcé par le juge Reilly de la Cour provinciale relativement à une accusation de garde ou de contrôle d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie supérieure à 0,08. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Graham Webb, pour l'appelante.

David Finley, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève la question de la signification de l'expression «preuve contraire» employée à l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

I. Contexte factuel

Le 29 mars 1989, l'appelante a été inculpée de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel*, soit d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur lorsque son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. L'appelante a été interpellée par un policier qui l'avait vue conduire son véhicule de façon irrégulière. Après lui avoir parlé, le policier a conclu qu'elle avait bu. L'appelante a échoué au test routier effectué au moyen d'un appareil de détection ALERT et a été conduite au poste de police pour y subir deux alcootests.

Comme le technicien chargé de l'alcootest s'occupait d'un autre conducteur, l'appelante a dû attendre environ une heure avant de subir les tests. Dans l'intervalle, elle est allée aux toilettes à 1 h 33 et en est revenue à 1 h 36. À 1 h 42, l'appelante a bu un verre d'eau. À 1 h 56, elle en a bu un second, puis est retournée aux toilettes. À 2 h 14, elle s'est rendue une troisième fois aux toilettes, revenant à 2 h 17.

L'appelante a fourni des échantillons d'haleine à 2 h 17 et à 2 h 37, et dans les deux cas, le résultat a été de 180 mg d'alcool par 100 ml de sang. Peu

Shortly after the breath testing session, the appellant was in the process of being fingerprinted and photographed when she advised the police officer that she was an alcoholic and that she had consumed two miniature 50 ml plastic bottles of vodka while in the washroom, to calm herself. The appellant gave the two bottles to the officers. Constable Hardman testified that the bottles contained no residue, and did not smell of vodka.

après, au moment de la prise des empreintes digitales et des photographies, elle a informé le policier qu'elle était alcoolique et qu'elle avait bu deux minibouteilles de 50 ml de vodka aux toilettes, pour se calmer. Elle a remis les deux bouteilles en plastique aux policiers. L'agent Hardman a témoigné que les bouteilles ne contenaient aucun résidu et ne sentaient pas la vodka.

5 At trial, the respondent Crown relied on the test results to prove that the concentration of alcohol in the appellant's blood at the time of the alleged offence exceeded 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. The respondent did not call an expert to interpret those results and had to rely on the presumption contained in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*. On August 23, 1990, Judge Reilly of the Provincial Court of Ontario found that the presumption did not apply and acquitted the appellant.

Au procès, l'intimée s'est appuyée sur les résultats des tests pour prouver que l'alcoolémie de l'appelante au moment de l'infraction alléguée dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. L'intimée n'a pas assigné d'expert pour interpréter ces résultats et a dû invoquer la présomption contenue à l'al. 258(1)c) du *Code criminel*. Le 23 août 1990, le juge Reilly de la Cour provinciale de l'Ontario a conclu que la présomption ne s'appliquait pas et a acquitté l'appelante.

6 On July 15, 1991, Clarke J. of the Ontario Court (General Division) dismissed the respondent's appeal: (1991), 30 M.V.R. (2d) 13. On September 10, 1992, the Court of Appeal for Ontario allowed the respondent's appeal, set aside the acquittal, directed that the appellant be convicted of the offence under s. 253(b) of the *Criminal Code*, and remitted the matter to the Ontario Court (General Division) for the imposition of the appropriate penalty: (1992), 10 O.R. (3d) 215, 76 C.C.C. (3d) 249, 39 M.V.R. (2d) 157, 16 C.R. (4th) 220, 58 O.A.C. 47. Arbour J.A. dissented.

Le 15 juillet 1991, le juge Clarke de la Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté l'appel de l'intimée: (1991), 30 M.V.R. (2d) 13. Le 10 septembre 1992, la Cour d'appel de l'Ontario a fait droit à l'appel de l'intimée, annulé l'acquittement, imposé un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel* et renvoyé l'affaire à la Cour de l'Ontario (Division générale), afin que celle-ci détermine la peine: (1992), 10 O.R. (3d) 215, 76 C.C.C. (3d) 249, 39 M.V.R. (2d) 157, 16 C.R. (4th) 220, 58 O.A.C. 47. Le juge Arbour a exprimé sa dissidence.

II. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3),

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

II. Dispositions pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3):

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant

(i) [not proclaimed]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses;

(g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [not proclaimed]

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies:

(i) [proclamation à venir]

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié;

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient:

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons:

(A) [proclamation à venir]

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate; [Emphasis added.]

III. Decisions Below

A. *Provincial Court (Criminal Division)*

7 Reilly Prov. Ct. J. delivered oral reasons. He stated that "when there is a statutory departure from the normal approach to strict proof within our system of justice, the section must be interpreted strictly". Furthermore, "it must be interpreted in a way consistent with the interest of those impacted by the effect of the statutory presumption". Reilly Prov. Ct. J. then stated that he preferred to believe that Parliament intended that "which it appears to have said, that all the evidence that is required to the contrary is that there be some evidence that the blood alcohol concentration was different from that revealed by the machine". Reilly Prov. Ct. J. concluded that:

I will say in all candor, that even had the matter remained as an application for nonsuit prior to electing whether or not to call evidence, I would have granted the application. I agree entirely that it is not the function of a judge on an application for directed verdict or nonsuit, to assess credibility or to weigh the evidence. I agree as well, that a court may, when the trial is completed, accept or reject all or any of the evidence, but there must be some basis for rejection. . . . In my view, there is no basis upon which a trier of fact could have anything other than a reasonable doubt on this evidence. However suspicious a trier of fact might be, a reasonable trier of fact would have to believe that she may have (as she said she did) consumed that alcohol. The Court is not even able to assess her credibility as a witness on the stand.

In any event, weighing the evidence, I would have, at the very least, some reasonable doubt.

8 Reilly Prov. Ct. J. added that it might well be that the appellant was an alcoholic and that she consumed some vodka or something else from the bottles she kept on her person for emergencies.

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui; [Je souligne.]

III. Les juridictions inférieures

A. *La Cour provinciale (Division criminelle)*

Le juge Reilly a prononcé son jugement oralement. Il a dit que [TRADUCTION] «lorsque la loi s'écarte de la méthode stricte de preuve reconnue dans notre système de justice, la disposition en cause doit être interprétée strictement». De plus, «elle doit être interprétée d'une manière compatible avec l'intérêt de ceux à l'encontre de qui agit la présomption légale». Le juge Reilly a ajouté qu'il préférerait croire que le législateur a voulu ce [TRADUCTION] «qu'il semble avoir dit, c'est-à-dire que la seule preuve contraire qui est exigée, c'est une preuve quelconque établissant que l'alcoolémie était différente de celle indiquée par l'appareil». Le juge Reilly a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] Je dirai franchement que, même si l'affaire n'avait été qu'une demande de non-lieu présentée avant qu'ait été fait le choix de produire ou non une preuve, j'aurais fait droit à la demande. Je conviens absolument qu'il n'appartient pas au juge saisi d'une demande de verdict imposé ou de non-lieu d'apprécier la crédibilité ou la preuve. Je conviens en outre que le tribunal peut, à la fin du procès, accepter ou rejeter la totalité ou une partie de la preuve, mais il doit se fonder sur une justification pour la rejeter. [. . .] À mon avis, aucune justification n'autoriserait le juge des faits à avoir autre chose qu'un doute raisonnable sur cette preuve. Si soupçonneux qu'il soit, tout juge des faits raisonnable devrait croire qu'elle a peut-être (comme elle l'a dit) absorbé cet alcool. La cour n'est pas même en mesure d'apprécier sa crédibilité à la barre.

De toute façon, après avoir pesé la preuve j'aurais eu, à tout le moins, un doute raisonnable.

Le juge Reilly a ajouté qu'il se pouvait bien que l'appelante ait été alcoolique et qu'elle ait bu de la vodka ou une autre boisson à même les bouteilles qu'elle gardait sur elle en cas d'urgence. Par con-

Therefore, "it may well be that the blood alcohol concentration revealed by the machine was different from that at the time of driving". Reilly J. concluded that it was not necessary for the defence to establish more than the section appeared to require, that being that "the blood alcohol concentration would have been within permissible limits, or lower than the 80 milligrams percent, only that it was different from the concentration revealed by the breathalyzer".

B. *Ontario Court (General Division)* (1991), 30 M.V.R. (2d) 13

Clarke J. stated that the issue was whether there was "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* such that the respondent could not rely on the breathalyzer tests as proof of the concentration of alcohol in the blood of the appellant at the time she had care and control of the motor vehicle. Clarke J. was of the view that "any evidence which raises a reasonable doubt in the mind of the trier of fact that the blood alcohol level at the time of the breathalyzer test was higher than that at the time of driving would be 'evidence to the contrary' pursuant to s. 258(1)(c)" (p. 15). He stated (at p. 15) that:

... if evidence is accepted that the accused consumed alcohol after driving but before the breath tests, the trial Judge can take judicial notice that the blood alcohol level would be greater but cannot take judicial notice as to what extent it would be greater ... he would be left with a reasonable doubt as to what the blood alcohol level was at the time of the test.

To apply the presumption in s. 258(1)(c) when one entertains a reasonable doubt as to the blood alcohol level at the time of the test would found a conviction on evidence of which there is a reasonable doubt as to an essential element of the offence. That would be wrong in my view ... convictions cannot be founded on evidence to which there is a reasonable doubt if it is evidence upon an essential issue, as there then would be a violation of the presumption of innocence.

Clarke J. disagreed with the cases that indicated that "in order to be evidence to the contrary, the evidence must tend to show that despite the alcohol consumed after driving the blood alcohol level

séquent, [TRADUCTION] «il se peut bien que l'alcoolémie indiquée par l'appareil ait été différente de son alcoolémie au moment où elle était au volant». Le juge Reilly a conclu que la défense n'avait pas à établir plus que ce que la disposition semblait exiger, c'est-à-dire que [TRADUCTION] «l'alcoolémie aurait été dans les limites permises ou inférieure à 80 mg par 100 ml de sang, mais seulement qu'elle était différente de l'alcoolémie indiquée par l'alcootest».

B. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1991), 30 M.V.R. (2d) 13

Le juge Clarke a dit que la question était de savoir s'il y avait une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, de sorte que l'intimée ne pouvait pas s'appuyer sur les résultats de l'alcootest pour établir l'alcoolémie de l'appelante au moment où elle avait la garde et le contrôle du véhicule à moteur. De l'avis du juge Clarke, [TRADUCTION] «toute preuve qui fait naître, dans l'esprit du juge des faits, un doute raisonnable pour ce qui est de savoir si l'alcoolémie au moment de l'alcootest était supérieure à l'alcoolémie au volant serait une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c)» (p. 15). Il a ajouté, à la p. 15:

[TRADUCTION] ... s'il accepte la preuve que l'accusée a absorbé de l'alcool après avoir conduit mais avant l'alcootest, le juge du procès peut prendre connaissance d'office que l'alcoolémie était plus élevée, mais non dans quelle mesure [...] il aurait un doute raisonnable sur ce qu'était l'alcoolémie au moment de l'alcootest.

Le tribunal qui, ayant un doute raisonnable sur l'alcoolémie au moment de l'alcootest, applique la présomption de l'al. 258(1)c) fonde la déclaration de culpabilité sur une preuve relativement à laquelle il a un doute raisonnable sur un élément essentiel de l'infraction. Cela serait une erreur à mon avis, [...] une déclaration de culpabilité ne doit pas reposer sur une preuve sur laquelle existe un doute raisonnable, si cette preuve concerne une question essentielle, car cela serait alors une violation de la présomption d'innocence.

Le juge Clarke n'était pas d'accord avec la jurisprudence selon laquelle [TRADUCTION] «constitue une preuve contraire la preuve qui tend à montrer que, malgré l'alcool absorbé après avoir conduit,

at the time of driving was within prescribed limits" (p. 15). Clarke J. stated that, if a trial judge could not take judicial notice of the extent to which alcohol consumed raised blood alcohol levels, "I cannot see how the above determination can be made". Clarke J. concluded (at pp. 15-16) that:

It seems to me that the whole issue is a matter for Parliament to clarify in an amendment to the *Criminal Code* of Canada.

In this matter the learned trial Judge found that the alcohol consumed by the [appellant], after driving, raised a reasonable doubt as to whether the blood alcohol level at the time of the test was the same as at the time of driving and therefore he had a reasonable doubt as to an essential element and he acquitted the [appellant].

With this result I agree, although I have stated the matter somewhat differently. The appeal is therefore dismissed.

C. *Ontario Court of Appeal* (1992), 10 O.R. (3d) 215

Majority

Galligan J.A. stated that the issue was whether "evidence to the contrary" sufficient to rebut the presumption was:

- (a) evidence which would tend to show that the blood alcohol level at the time of the test was not the same as that at the time of the driving, or
- (b) evidence which tends to show that the blood alcohol level at the time of the driving was not above the maximum permissible level of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood.

If evidence raises a reasonable doubt that the blood alcohol level was over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood at the time of the driving, the accused should be acquitted. However, when courts discuss evidence which is legally capable of amounting to "evidence to the contrary", they do so in the restricted sense of whether it is legally capable of rebutting the presumption. Galligan J.A. then stated (at pp. 221-22) that:

l'alcoolémie au volant était dans les limites permises» (p. 15). Le juge Clarke a dit que, si le juge du procès ne pouvait pas prendre connaissance d'office de la mesure dans laquelle l'alcool absorbé fait monter l'alcoolémie, il ne pouvait pas [TRADUCTION] «voir comment il serait possible de décider si elle était dans les limites permises». Il conclut, aux pp. 15 et 16:

[TRADUCTION] Il me semble qu'il revient au législateur de clarifier toute la question en modifiant le *Code criminel* du Canada.

En l'espèce, le juge du procès a estimé que l'alcool absorbé par l'[appelante], après avoir conduit, avait soulevé un doute raisonnable pour ce qui est de savoir si son alcoolémie au moment de l'alcootest était la même qu'au moment où elle était au volant et il avait donc un doute raisonnable sur un élément essentiel et a acquitté l'[appelante].

Je souscris à ce résultat, bien que j'aie formulé la question un peu différemment. En conséquence, l'appel est rejeté.

C. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1992), 10 O.R. (3d) 215

La majorité

Le juge Galligan a dit que la question était de savoir si une «preuve contraire» suffisante pour réfuter la présomption était:

- a) une preuve qui tend à montrer que l'alcoolémie au moment de l'alcootest était différente de l'alcoolémie au volant; ou
- b) une preuve qui tend à montrer que l'alcoolémie au volant ne dépassait pas le maximum permis, soit 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

Si la preuve fait naître un doute raisonnable pour ce qui est de savoir si l'alcoolémie au volant dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, l'accusé doit être acquitté. Toutefois, quand les tribunaux se demandent si une preuve peut, en droit, équivaloir à une «preuve contraire», ils entendent par là seulement si elle peut, en droit, réfuter la présomption. Le juge Galligan a ajouté, aux pp. 221 et 222:

If, in order for evidence to constitute "evidence to the contrary", it must tend to show that the blood alcohol level at the time of driving was not over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, it would be irrelevant whether the blood alcohol levels at the time of driving and at the time of testing were or were not the same. On the other hand, if, in order for evidence to constitute "evidence to the contrary", it need only tend to show that blood alcohol levels at the time of driving and at the time of testing were not the same it would be irrelevant whether the evidence tended to show that at the time of driving the blood alcohol level was either above or below the permissible limit. I think it is one thing to show that the blood alcohol level at the time of driving and at the time of testing were not the same. It is quite another thing, and perhaps a more difficult thing, to show that the blood alcohol level at the time of driving was within the permissible limit.

It is my opinion that this court must accept one or the other position.

Galligan J.A. noted that two years after it decided *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261, the Supreme Court of Canada was again called upon to decipher what kind of evidence was legally capable of amounting to "evidence to the contrary". He concluded that the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, removed any ambiguities that had led to erroneous interpretations of *R. v. Moreau*. In order for evidence to amount legally to "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c), the evidence must tend to show that at the time of the alleged offence the accused person's blood alcohol level did not exceed 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, viz. that the blood alcohol level was within the lawful limit at the time of driving. Evidence only showing that the blood alcohol concentration at the time of the test was not the same as at the time of the offence would not be "evidence to the contrary" legally capable of rebutting the statutory presumption.

Galligan J.A. pointed out that this is the interpretation most often accepted by provincial appellate courts: *R. v. White* (1986), 41 M.V.R. 82 (Nfld. C.A.); *R. v. Creed* (1987), 7 M.V.R. (2d) 184 (P.E.I.S.C.A.D.); *R. v. Kays* (1987), 3 M.V.R. (2d) 209 (N.S.S.C.A.D.); *R. v. Gallagher* (1981), 64 C.C.C. (2d) 533 (N.B.C.A.); *R. v. Dubois*

[TRANSLATION] Si, pour constituer une «preuve contraire», une preuve doit tendre à montrer que l'alcoolémie au volant ne dépassait pas 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, il ne serait pas pertinent de se demander si l'alcoolémie au volant correspondait à l'alcoolémie au moment de l'alcootest. En revanche, si, pour constituer une «preuve contraire», la preuve doit seulement tendre à montrer que l'alcoolémie au volant et l'alcoolémie au moment de l'alcootest étaient différentes, il ne serait pas pertinent de se demander si la preuve tend à montrer qu'au volant, l'alcoolémie était supérieure ou inférieure à la limite permise. À mon sens, c'est une chose de montrer que l'alcoolémie au volant et l'alcoolémie au moment de l'alcootest étaient différentes, et une tout autre chose, et peut-être plus difficile, de montrer que l'alcoolémie au volant était dans les limites permises.

À mon avis, la présente cour doit accepter l'une de ces positions.

Le juge Galligan a fait remarquer que deux ans après avoir rendu l'arrêt *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261, la Cour suprême du Canada a été appelée à nouveau à statuer sur ce qui constitue une preuve équivalente, en droit, à une «preuve contraire». Il a conclu que l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, avait dissipé toute ambiguïté qui avait entraîné des interprétations erronées de l'arrêt *R. c. Moreau*. Pour qu'une preuve soit équivalente, en droit, à une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)(c), elle doit tendre à montrer qu'au moment de l'infraction reprochée, l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, c'est-à-dire que son alcoolémie était dans les limites légales à ce moment. Une preuve montrant seulement que l'alcoolémie au moment de l'alcootest était différente de l'alcoolémie au moment de l'infraction ne serait pas une «preuve contraire» pouvant, en droit, réfuter la présomption légale.

Le juge Galligan a souligné que c'était l'interprétation la plus souvent acceptée par les cours d'appel provinciales: *R. c. White* (1986), 41 M.V.R. 82 (C.A.T.-N.); *R. c. Creed* (1987), 7 M.V.R. (2d) 184 (C.S.Î.-P.-É. Sect. app.); *R. c. Kays* (1987), 3 M.V.R. (2d) 209 (C.S.N.-É. Sect. app.); *R. c. Gallagher* (1981), 64 C.C.C. (2d) 533

(1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (Que. C.A.); *Batley v. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257 (Sask. C.A.). Concluding his review, Galligan J.A. stated (at p. 228):

... it is my view that there should be consistency in the interpretation of an important provision of the law which has as its object the reduction of the widespread death and destruction caused by drinking drivers. I have concluded that this court should follow what I view to be the overwhelming weight of appellate jurisprudence across the country.

(C.A.N.-B.); *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (C.A. Qué.); *Batley c. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257 (C.A. Sask.). Concluant son examen, le juge Galligan a dit (à la p. 228):

[TRADUCTION] ... je suis d'avis qu'il convient d'interpréter de façon uniforme une importante disposition dont l'objet est la réduction du nombre de décès et de l'ampleur des dommages causés par l'alcool au volant. J'ai conclu que notre cour devrait suivre ce que j'estime être la tendance dominante de la jurisprudence au pays.

14 Applying this interpretation to this appeal, the post-driving drinking evidence did not tend to show even the possibility that the accused's blood alcohol level at the time of driving was within the permissible limit. It was thus not legally "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c).

Appliquant cette interprétation au présent pourvoi, il estime que la preuve de l'absorption d'alcool après l'infraction ne tend pas à montrer même la possibilité que l'alcoolémie de l'accusée au volant ait été dans les limites permises. Ce n'était donc pas, en droit, une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c).

15 Galligan J.A. also stated that his interpretation of "evidence to the contrary" was more in keeping with Parliamentary intention in legislating against drinking and driving which is a serious problem that endangers the lives and safety of innocent persons. The legislative scheme tests blood alcohol concentration through approved breathalyzers. To prove the test results and avoid unreasonably large public expenditures on expert witnesses, a statutory presumption based on strict requirements relating to the taking of samples was chosen. The presumption could only have been intended to prove either that:

Le juge Galligan a dit en outre que son interprétation de l'expression «preuve contraire» respectait davantage l'intention que le législateur avait en adoptant une loi visant à réprimer l'alcool au volant, qui est un grave problème mettant en péril la vie et la sécurité d'innocents. Le régime instauré prévoit que l'alcoolémie peut être mesurée au moyen d'un alcootest approuvé. Pour prouver les résultats de l'alcootest et éviter l'engagement par l'État de sommes exorbitantes pour faire déposer des experts, le législateur a opté pour une présomption légale basée sur des exigences strictes, en ce qui concerne le prélèvement d'échantillons. Au regard de la présomption, son intention ne pouvait être que de prouver l'une de ces deux choses:

- (a) at the time of driving the accused person had a concentration of alcohol in his or her blood of more than 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, or
- (b) at the time of driving the accused person had a certain, specific concentration of alcohol in his or her blood.

- a) au moment où l'accusé était au volant, son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, ou
- b) au moment où l'accusé était au volant, son alcoolémie correspondait à un certain taux, à un taux donné.

16 Given that the offence is driving with a blood alcohol concentration of more than 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, the presumption must have been intended to prove only that the driver had a concentration exceeding 80 mg of alcohol in 100

Vu que l'infraction consiste à conduire lorsque l'alcoolémie dépasse 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, la présomption doit avoir été destinée à prouver seulement que l'alcoolémie du conducteur dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang au

ml of blood at the time of the offence. Evidence "contrary" to the factual presumption that the driver's blood alcohol concentration was over 80 at the time of the offence would therefore have to be evidence which would tend to show that the driver's blood alcohol concentration was not over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. The presumption was a vitally important element of the legislative scheme and without it, it would be feasible to prosecute only a small number of the offences detected by breathalyzer testing. To interpret "evidence to the contrary" as including evidence which shows only that the concentrations at the time of driving and testing were not the same would permit rebuttal of the presumption by the presentation of evidence which really only shows the possibility of some uncertainty about that element of the scheme.

Thus, Galligan J.A. allowed the appeal, and entered a conviction.

Dissent

Arbour J.A. began her dissent by noting that she was not satisfied that Galligan J.A.'s interpretation and that of other provincial appellate authority accorded with the wording of the *Criminal Code* provision and Parliamentary intention. Considering *R. v. Crosthwait*, *supra*, she noted that s. 258(1)(c) serves a function different from that of s. 258(1)(g). Section 258(1)(c) of the *Criminal Code* contains a presumption which permits an inference to be drawn that the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence is the same as it was when the breathalyzer test was administered, provided that certain conditions are met, including the requirement that the breath test be done as soon as practicable, but no more than two hours after the accused was required to provide a breath sample (at pp. 234-35):

The presumption is thus a measure enacted to give effect to the provision which permits a delay of up to two hours before the breath test is performed. Without the benefit of the presumption, the Crown would be left with a reading two hours after the event which, arguably, would not necessarily reflect accurately the blood alcohol content of the accused at the time of the alleged offence. The presumption therefore assists the Crown in

moment de l'infraction. Une preuve «contraire» à la présomption de fait que l'alcoolémie du conducteur dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang au moment de l'infraction devrait donc être une preuve qui tend à montrer que l'alcoolémie du conducteur ne dépassait pas 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. La présomption est un élément d'importance capitale du régime et sans elle, seulement un petit nombre d'infractions détectées grâce à l'alcootest pourraient être poursuivies. Interpréter l'expression «preuve contraire» comme incluant une preuve qui montre seulement que l'alcoolémie au volant et l'alcoolémie au moment de l'alcootest étaient différentes permettrait de réfuter la présomption par une preuve qui ne montre en fait que la possibilité d'une certaine incertitude au sujet de cet élément du régime.

En conséquence, le juge Galligan a accueilli l'appel et inscrit une déclaration de culpabilité.

La dissidence

Le juge Arbour a d'abord fait observer qu'elle n'était pas convaincue que l'interprétation donnée par le juge Galligan et par les autres cours d'appel était conforme au libellé de la disposition du *Code criminel* et à l'intention du législateur. Examinant l'arrêt *R. c. Crosthwait*, précité, elle a fait remarquer que l'al. 258(1)c) et l'al. 258(1)g) remplissaient des fonctions distinctes. L'alinéa 258(1)c) du *Code criminel* contient une présomption qui permet d'inférer que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction reprochée correspond à son alcoolémie au moment de l'alcootest, pourvu que certaines conditions soient réunies, y compris l'exigence que l'alcootest ait été administré dès qu'il a été matériellement possible de le faire, mais pas plus de deux heures après que l'accusé a reçu l'ordre de fournir un échantillon d'haleine (aux pp. 234 et 235):

[TRADUCTION] La présomption est donc une mesure destinée à donner effet à la disposition qui permet un délai maximal de deux heures avant l'alcootest. Sans la présomption, le ministère public ne disposerait que d'un relevé pris deux heures après le fait qui, pourrait-on soutenir, ne serait peut-être pas une mesure exacte de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction reprochée. La présomption contribue donc à dispenser le

17

18

dispensing with the need to bridge the gap, by expert evidence, between the offence and the delayed taking of a breath sample.

This is not an insignificant benefit as blood alcohol levels do not remain constant over time and, in the absence of such a presumption, readings presumed accurate at one point in time could be of limited assistance in establishing the levels two hours before . . .

In my opinion, it is in that context that the expression "in the absence of evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) must be understood. If the breath samples were taken in accordance with that section, it will be presumed, everything else being equal, that the reading at the time of the offence would have been the same as the reading at the time of the test. The accuracy of the readings at the time of the test, as stated in the certificate of the analyst, is presumed, by the operation of s. 24 [now s. 25] of the *Interpretation Act*, "in the absence of evidence to the contrary".

19

As recognized in *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28, case law establishes two distinct sets of circumstances in which it has been argued that there was "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c) and hence the presumption should not apply. First, where evidence is tendered to show that the reading was inaccurate at the time it was taken, for example cases where the evidence suggests inaccurate reading results, margin of error in the breathalyzer apparatus, or the quantity of alcohol consumed could not have produced the results recorded: see *R. v. Moreau*, *supra*, *R. v. Crosthwait*, *supra*, and *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513 (B.C.C.A.). Second, where evidence is tendered to show that the blood alcohol level at the time of the offence was likely to have been different from what it was at the time of the test, for example cases where there is evidence that the accused consumed some alcohol after his or her arrest, or testifies as to his weight, quantity drunk, and expert evidence to suggest that the level at the time of driving would likely have been within the permissible limit. In the former group of cases, the Supreme Court has held that the presumption is only displaced by evidence capable of raising a doubt that the results were inaccurate to the point that the blood level of the accused at the

ministère public de la nécessité de combler le vide, par une preuve d'expert, entre l'infraction et le prélèvement différé de l'échantillon d'haleine.

Ce n'est pas un avantage sans importance car l'alcoolémie n'est pas constante et, faute de présomption, les relevés présumés exacts à un moment donné pourraient s'avérer peu utiles pour établir quelle était l'alcoolémie deux heures plus tôt. . .

À mon avis, c'est dans ce contexte que l'expression «en l'absence de toute preuve contraire» employée à l'al. 258(1)c doit être interprétée. Si les échantillons d'haleine ont été prélevés conformément à cette disposition, il sera présumé, toutes choses étant égales d'ailleurs, que le relevé fait au moment de l'infraction aurait été identique au relevé fait au moment de l'alcootest. L'exactitude du relevé au moment de l'alcootest, selon la mention contenue dans le certificat de l'analyste, est présumée, en conformité avec l'art. 24 [maintenant l'art. 25] de la *Loi d'interprétation*, «en l'absence de toute preuve contraire».

Comme le tribunal l'a reconnu dans l'affaire *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28, la jurisprudence établit deux situations distinctes où il a été allégué qu'il existait une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c et où la présomption ne devait donc pas être appliquée. Premièrement, la situation où une preuve est présentée pour montrer que le relevé était inexact au moment où il a été fait, par exemple dans le cas où la preuve indiquerait que les résultats étaient inexactes, que l'alcootest présente une marge d'erreur ou que la quantité d'alcool absorbée n'aurait pas pu produire les résultats enregistrés: voir *R. c. Moreau*, *R. c. Crosthwait*, précités, et *R. c. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513 (C.A.C.-B.). Deuxièmement, la situation où une preuve est présentée pour montrer que l'alcoolémie au moment de l'infraction était vraisemblablement différente de l'alcoolémie au moment de l'alcootest, par exemple dans le cas où la preuve établirait que l'accusé a absorbé de l'alcool après son arrestation, ou établirait son poids, la quantité absorbée, et où il existe une opinion d'expert démontrant que l'alcoolémie au volant aurait probablement été dans les limites permises. Dans le premier groupe d'affaires, la Cour suprême a décidé que la présomption n'était réfutée que par une preuve susceptible de rendre dou-

relevant time would have been, on that evidence, below the prohibited level.

Arbour J.A. stated (at p. 237):

Section 258 refers to both the presumption of accuracy and to what might be called the presumption of identity; it presumes that the reading at hour X is the same as the reading would have been at hour Y. This presumption can be displaced by evidence to the contrary; that is, any evidence which raises a reasonable doubt that the levels at the two different points in time were in fact identical. When the Crown loses the benefit of the presumption, for instance because of evidence indicating that the accused consumed alcohol between the two points in time, the Crown does not lose the benefit of the presumption that the certificate accurately represents the blood alcohol level at the time of the test. The Crown may still prove, with or without recourse to expert evidence, that the blood level of the accused at the time of the offence was over 80. One of the relevant pieces of evidence will be, of course, the reading taken by the breathalyzer, the accuracy of which is not disputed.

The certificate would still be admissible as proof of its content, as long as it complied with s. 258(1)(g), even if the Crown could not rely on the presumption contained in s. 258(1)(c). Arbour J.A. continued (at p. 238):

If a breathalyzer test, taken well within two hours of the arrest, shows a very high concentration of alcohol in the blood, and the accuracy of that reading is not in issue, evidence that the accused consumed a very small amount of alcohol after his arrest, although it may be sufficient to raise a doubt that the results would have been the same had the test been administered at the time of the arrest, may be insufficient to raise any doubt that his blood alcohol content was below 80 at the time of the alleged offence.

In the same way, I see no difficulty with the defence introducing evidence tending to show that the blood level of the accused at the time of the offence was higher than it was at the time of the breathalyzer test. In that case, the Crown would lose the benefit of the presumption that the levels were identical, but the accused would still have to be convicted on the strength of all the evidence which would inescapably point to his

teuse l'exactitude des résultats au point de montrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment pertinent aurait été, selon cette preuve, inférieure au taux prohibé.

Le juge Arbour a dit, à la p. 237:

[TRADUCTION] L'article 258 renferme à la fois la présomption d'exactitude et ce qu'on pourrait appeler la présomption d'identité; selon celle-ci, le relevé fait à l'heure X est présumé identique au relevé qui aurait été fait à l'heure Y. Cette présomption peut être réfutée par une preuve contraire, c'est-à-dire une preuve qui fait naître un doute raisonnable que l'alcoolémie aux deux moments distincts était en fait identique. Quand le ministère public perd l'avantage de la présomption, par exemple, parce qu'une preuve montre que l'accusé a absorbé de l'alcool entre les deux moments, il ne perd pas l'avantage de la présomption que le certificat indique avec exactitude l'alcoolémie au moment de l'alcootest. Le ministère public peut encore prouver, avec ou sans témoignage d'expert, que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction était supérieure à 80. L'un des éléments de preuve pertinents sera, bien sûr, le relevé de l'alcootest, dont l'exactitude n'est pas contestée.

Même si le ministère public ne pouvait pas invoquer la présomption contenue à l'al. 258(1)c), le certificat resterait admissible, faisant preuve de ce qui y est mentionné, pourvu qu'il soit conforme à l'al. 258(1)g). Le juge Arbour a ajouté, à la p. 238:

[TRADUCTION] Si un alcootest, fait bien avant l'expiration du délai de deux heures, indique une alcoolémie très élevée et que l'exactitude de ce relevé n'est pas mise en doute, la preuve que l'accusé a absorbé une très faible quantité d'alcool après son arrestation, bien qu'elle soit peut-être suffisante pour faire naître un doute quant à savoir si les résultats auraient été identiques si l'alcootest avait été administré au moment de l'arrestation, peut être insuffisante pour faire naître un doute quant à savoir si son alcoolémie était inférieure à 80 au moment de l'infraction reprochée.

De la même façon, aucune difficulté ne se poserait, à mon avis, si la défense présentait une preuve tendant à montrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction dépassait son alcoolémie au moment de l'alcootest. En pareil cas, le ministère public perdrait l'avantage de la présomption que l'alcoolémie était identique, mais l'accusé devrait tout de même être déclaré coupable, sur la foi de l'ensemble de la preuve qui amène iné-

blood alcohol level having been above the permissible limit at the time of the offence.

21

According to Arbour J.A., when the presumption of identity is in question, an accused must introduce evidence capable of raising a reasonable doubt that his blood alcohol content at the time of the alleged offence was not the same as the content recorded by the breathalyzer. There is no reason to require that "the difference be of any particular magnitude" (p. 240). The presumption "permits the Crown to rely on a legal fiction in order to prove a fact essential to conviction". Furthermore, if that advantage were removed, by "evidence to the contrary", "it is still open to the Crown to prove that fact by other evidence". Arbour J.A. concluded (at p. 240) that:

To the extent that *Crosthwait, supra*, held that "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) means evidence tending to show that the accused's blood alcohol content at the time of the offence was below the permissible limit, it should not be applied in a case such as the present one.

On this basis, both the trial judge and the summary conviction appeal court were correct in their interpretation of s. 258(1)(c) and Arbour J.A. would have dismissed the appeal.

IV. Analysis

(i) *Introduction*

22

At the outset, I must state that I am in agreement with the dissenting judgment of Arbour J.A. of the Ontario Court of Appeal. Evidence to the contrary, as articulated in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, means evidence sufficient to show that the temporal presumption, or as Arbour J.A. calls it the presumption of identity, should not operate to deem the blood alcohol level of the motorist at the time of breathalyzer testing to be the same as the blood alcohol level at the time of driving. The central issue of this appeal is the manner in which this presumption may be rebutted. Before discussing that issue directly, I think it important to review the operation of the presumptions that are employed in the *Criminal Code* in this area and to follow with a

luctablement à la conclusion que son alcoolémie dépassait la limite permise au moment de l'infraction.

Selon le juge Arbour, quand la présomption d'identité est attaquée, l'accusé doit présenter une preuve pouvant faire naître un doute raisonnable que son alcoolémie au moment de l'infraction reprochée ne correspondait pas à la mesure faite au moyen de l'alcootest. Il n'y a aucune raison d'exiger que [TRADUCTION] «l'écart soit d'une ampleur particulière» (p. 240). La présomption [TRADUCTION] «permet au ministère public de faire valoir une fiction juridique afin de prouver un fait essentiel à une déclaration de culpabilité». En outre, si cet avantage était éliminé par une «preuve contraire», [TRADUCTION] «il [serait] toujours loisible au ministère public de prouver ce fait par d'autres éléments de preuve». Le juge Arbour conclut, à la p. 240:

[TRADUCTION] Dans la mesure où l'arrêt *Crosthwait*, précité, a décidé qu'une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c) était une preuve tendant à montrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction était inférieure à la limite permise, il ne devrait pas être appliqué dans un cas comme la présente espèce.

Pour ce motif, le juge du procès et la cour d'appel en matière de poursuites sommaires ont interprété correctement l'al. 258(1)c) et le juge Arbour aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

(i) *Introduction*

D'abord, je dois dire que je suis d'accord avec le jugement dissident du juge Arbour de la Cour d'appel de l'Ontario. Une preuve contraire au sens de l'al. 258(1)c) du *Code criminel* signifie une preuve suffisante pour montrer que la présomption temporelle, ou pour reprendre la terminologie du juge Arbour, la présomption d'identité, ne devrait pas être utilisée pour présumer que l'alcoolémie de l'automobiliste au moment de l'alcootest était identique à son alcoolémie au volant. La question centrale du présent pourvoi est la manière dont cette présomption peut être réfutée. Avant d'étudier cette question directement, je pense qu'il importe d'examiner l'effet des présomptions énoncées dans le *Code criminel* à ce chapitre, puis

brief review of the jurisprudence which I believe has introduced some confusion into the area.

(ii) *Presumptions of Accuracy and Identity*

The scheme established in the *Criminal Code* for proving the offence of "over 80" contains presumptions to assist the Crown in surmounting two important evidentiary hurdles. But for these presumptions, the Crown's task would be significantly more difficult. It is crucial, therefore, to keep in mind that presumptions are merely legal or evidentiary shortcuts designed to bridge difficult evidentiary gaps, and that they are rebuttable upon the leading of "evidence to the contrary". If such evidence to the contrary is led, the Crown can still proceed to try to prove its case without the benefit of these evidentiary shortcuts.

To adopt the terminology of Arbour J.A., s. 258 refers to two presumptions, the presumption of accuracy (s. 258(1)(g)) and the presumption of identity (s. 258(1)(c)). The first presumption addresses the dilemma of how to prove in court what the accused's blood alcohol content was at the time of testing on the breathalyzer. Section 258(1)(g) of the *Code* provides:

(g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [not proclaimed]

d'analyser brièvement la jurisprudence qui, à mon avis, a mis la confusion dans ce domaine.

(ii) *Présomptions d'exactitude et d'identité*

Le régime établi dans le *Code criminel* relativement à la preuve de l'infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» contient des présomptions conçues pour aider le ministère public à surmonter deux importants obstacles en matière de preuve. Sans ces présomptions, la tâche du ministère public serait beaucoup plus ardue. Il est donc crucial de ne pas oublier que les présomptions ne sont que des raccourcis légaux conçus pour combler de graves lacunes dans la preuve, et qu'elles peuvent être réfutées par une «preuve contraire». Si une telle preuve contraire est présentée, le ministère public peut tout de même essayer de prouver l'accusation sans l'avantage de ces raccourcis.

Pour reprendre la terminologie du juge Arbour, l'art. 258 comprend deux présomptions, la présomption d'exactitude (al. 258(1)g)) et la présomption d'identité (al. 258(1)c)). La première permet de résoudre le dilemme que pose la preuve judiciaire de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest. L'alinéa 258(1)g) du *Code* dispose:

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient:

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons:

(A) [proclamation à venir]

23

24

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate;

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui;

In addition, s. 25 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, reads:

25. (1) Where an enactment provides that a document is evidence of a fact without anything in the context to indicate that the document is conclusive evidence, then, in any judicial proceedings, the document is admissible in evidence and the fact is deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary. [Emphasis added.]

De plus, l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit:

25. (1) Fait foi de son contenu en justice sauf preuve contraire le document dont un texte prévoit qu'il établit l'existence d'un fait sans toutefois préciser qu'il l'établit de façon concluante. [Je souligne.]

Clearly, the result of these two provisions is that a presumption that the reading received on the breathalyzer provides an accurate determination of the accused's blood alcohol level at the time of the testing is established. Hence, the certificate can be tendered in evidence to prove what this blood alcohol level was. However, if the accused leads or points to "evidence to the contrary" which tends to show that, in fact, his or her blood alcohol level, at the time of testing, was not that shown on the certificate, then the certificate is no longer proof of that fact. Therefore, for the Crown to be successful it must prove the accused's blood alcohol level some other way. Indeed, the Crown may still prove that the blood alcohol level of the accused at the time of the offence was over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. This "presumption of accuracy" relates to the accuracy of the readings at the time of the test, as stated in the certificate of analysis, and is presumed by the operation of s. 25 of the *Interpretation Act*, in the absence of "evidence to the contrary". This is not, however, the presumption at issue in this case.

De toute évidence, il résulte de ces deux dispositions qu'une présomption est établie, selon laquelle le relevé de l'alcootest fournit une mesure exacte de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest. Le certificat peut donc être versé en preuve pour établir cette alcoolémie. Toutefois, si l'accusé présente ou signale une «preuve contraire» qui tend à montrer qu'en fait, son alcoolémie, au moment de l'alcootest, était différente de l'alcoolémie indiquée par le certificat, alors le certificat n'établit plus l'existence de ce fait. Par conséquent, pour avoir gain de cause, le ministère public doit prouver par un autre moyen l'alcoolémie de l'accusé. En fait, il peut encore prouver que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Cette «présomption d'exactitude» concerne l'exactitude du relevé au moment de l'alcootest, selon la mention portée dans le certificat de l'analyste, et elle est présumée, en conformité avec l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*, sauf «preuve contraire». Ce n'est cependant pas cette présomption qui est en cause en l'espèce.

What is at issue in the instant case is the second presumption which is set out in s. 258(1)(c), which reads:

En cause est la seconde présomption énoncée à l'al. 258(1)(c), qui dispose:

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3),

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

(i) [not in force]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses; [Emphasis added.]

This presumption assists the Crown over the hurdle of having to prove, in every case, that the accused's blood alcohol level at the time of driving was the same as his or her blood alcohol level at the time of testing, which could be as much as two hours later. Section 258(1)(c) presumes that the breathalyzer reading at the time of testing is the same as the reading would have been at the time of driving. If all of the conditions of the section are met, then the presumption applies, unless there is

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3):

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies:

(i) [proclamation à venir]

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié; [Je souligne.]

Cette présomption aide le ministère public à surmonter la difficulté que pose, dans chaque cas, la preuve que l'alcoolémie de l'accusé au volant correspondait à son alcoolémie au moment de l'alcootest, lequel peut être fait jusqu'à deux heures plus tard. Aux termes de l'al. 258(1)c), les indications de l'alcootest au moment où il est administré sont présumées correspondre aux résultats qui auraient été obtenus lorsque l'accusé était au volant. Si toutes les conditions de la disposition sont réunies,

some evidence to the contrary. This presumption is the so-called presumption of identity.

29

I agree with the following remarks of Arbour J.A., found at p. 237, which distinguish between the two presumptions:

This presumption [of identity] can be displaced by evidence to the contrary; that is, any evidence which raises a reasonable doubt that the levels at the two different points in time were in fact identical. When the Crown loses the benefit of the presumption, for instance because of evidence indicating that the accused consumed alcohol between the two points in time, the Crown does not lose the benefit of the presumption that the certificate accurately represents the blood alcohol level at the time of the test. The Crown may still prove, with or without recourse to expert evidence, that the blood level of the accused at the time of the offence was over 80. One of the relevant pieces of evidence will be, of course, the reading taken by the breathalyzer, the accuracy of which is not disputed.

30

It is very important to keep these two presumptions separate. They arise from two entirely different subsections, they help the Crown over two entirely different evidentiary hurdles, and consequently the evidence necessary to rebut them is different. Also, as I will describe below, courts frequently have had difficulty with the distinct nature of these presumptions and have confused them, a matter to which I shall now turn.

(iii) *The Jurisprudence*

31

In *R. v. Moreau*, *supra*, the accused had tested 90 mg of alcohol in 100 ml of blood. He called an expert witness who testified that Borkenstein breathalyzers were subject to a possible margin of error of 10 mg. The issue was whether this was "evidence to the contrary" within s. 237(1)(c) (now s. 258(1)(c)). Beetz J. held that such evidence was not "evidence to the contrary" as it was general evidence aimed at denying the presumption. Specific evidence of the accused's condition would, however, have been admissible. At page 271 Beetz J. stated there had to be evidence

la présomption s'applique, sauf preuve contraire. Il s'agit là de ce que l'on appelle la présomption d'identité.

Je souscris aux remarques suivantes du juge Arbour, à la p. 237, où elle établit la distinction entre les deux présomptions:

[TRADUCTION] Cette présomption [d'identité] peut être réfutée par une preuve contraire, c'est-à-dire une preuve qui fait naître un doute raisonnable que l'alcoolémie aux deux moments distincts était en fait identique. Quand le ministère public perd l'avantage de la présomption, par exemple, parce qu'une preuve montre que l'accusé a absorbé de l'alcool entre les deux moments, il ne perd pas l'avantage de la présomption que le certificat indique avec exactitude l'alcoolémie au moment de l'alcootest. Le ministère public peut encore prouver, avec ou sans témoignage d'expert, que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction dépassait 80 mg. L'un des éléments de preuve pertinents sera, bien sûr, le relevé de l'alcootest, dont l'exactitude n'est pas contestée.

Il est très important de séparer ces deux présomptions. Elles découlent de deux dispositions entièrement distinctes, elles aident le ministère public à vaincre deux difficultés de preuve entièrement différentes et, par conséquent, la preuve requise pour les combattre est différente. En outre, comme je l'explique plus loin, les tribunaux ont souvent eu de la difficulté à percevoir leur nature distincte et les ont confondues. C'est la question que j'aborde maintenant.

(iii) *Jurisprudence*

Dans l'arrêt *R. c. Moreau*, précité, l'accusé avait subi un alcootest indiquant une alcoolémie de 90 mg d'alcool par 100 ml de sang. Il a cité un expert qui a témoigné que les appareils Borkenstein pouvaient présenter une marge d'erreur de 10 mg. La question était de savoir s'il s'agissait d'une «preuve contraire» au sens de l'al. 237(1)(c) (maintenant l'al. 258(1)(c)). Le juge Beetz a décidé qu'une telle preuve n'était pas une «preuve contraire» car c'était une preuve générale qui visait à nier l'existence de la présomption. Une preuve particulière établissant l'état de l'accusé aurait cependant été admissible. À la p. 271, le juge Beetz dit qu'il faut une preuve

which tends to establish that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was not the same as that indicated by the result of the chemical analysis. There is no such evidence in the case at bar. Apart from the certificates, there is no evidence of any kind directed at showing what was the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed.

Beetz J. thus related the “evidence to the contrary” to the nature of the presumption.

What has caused difficulty in appellate interpretation of *Moreau, supra*, is that Beetz J. additionally referred with approval to McFarlane J.A.’s dicta in *R. v. Davis, supra*, at p. 516, that:

... the concluding part of the subsection means that the result of the chemical analysis is proof of the proportion of alcohol to blood at the time of the offence in the absence of evidence that the proportion at that time did not exceed 80 to 100. Any evidence, therefore, tending to show that at the time of the offence the proportion was within the permitted limits is “evidence to the contrary” within the meaning of the subsection. [Emphasis added.]

The above passage created ambiguity and has been relied upon by provincial appellate authority. Nonetheless, it is important to note that the two passages may be reconciled to state that any evidence showing that the proportion is within legal limits does not preclude evidence showing that the proportion is higher at the time of the breathalyzer than at the time of the driving offence. *Moreau* is best categorized, as Bayda C.J.S. did in *R. v. Gibson, supra*, at p. 37, as a case involving evidence which generally concluded that all Borkenstein breathalyzers were inherently subject to a margin of error of 10 mg.

The second critical case is *R. v. Crosthwait, supra*. This Court established that there is nothing in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* establishing a presumption of accuracy. In this case, an accused was being tried for “over 80”, and in defence he argued that the results of the breathalyzer were not

tendant à démontrer que le taux d’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction alléguée ne correspondait pas au résultat de l’analyse chimique. Il n’existe aucune preuve de ce genre en l’espèce. Exception faite des certificats, aucune preuve n’a été présentée pour établir le taux d’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction alléguée.

Le juge Beetz a donc relié la «preuve contraire» à la nature de la présomption.

Ce qui a fait problème dans l’interprétation de l’arrêt *Moreau*, précité, par les cours d’appel, c’est que le juge Beetz a également cité et approuvé l’opinion incidente du juge McFarlane dans l’arrêt *R. c. Davis*, précité, à la p. 516:

[TRADUCTION] ... la fin du paragraphe signifie que le résultat de l’analyse chimique fait preuve de la proportion d’alcool dans le sang du prévenu au moment de l’infraction en l’absence de toute preuve que le taux d’alcoolémie à ce moment n’excédait pas 80 pour 100. En conséquence, toute preuve tendant à montrer qu’au moment de l’infraction, le taux d’alcoolémie était dans les limites permises constitue une «preuve contraire» au sens de ce paragraphe. [Je souligne.]

Les cours d’appel provinciales se sont appuyées sur ce passage, qui a créé une ambiguïté. Néanmoins, il importe de remarquer que les deux passages peuvent être conciliés de sorte qu’ils signifient que toute preuve montrant que l’alcoolémie est dans les limites fixées par la loi n’empêche pas de prouver que l’alcoolémie au moment de l’alcool-test est supérieure à l’alcoolémie au moment de l’infraction. Il vaut mieux conclure comme le juge Bayda, Juge en chef de la Saskatchewan, dans l’arrêt *R. c. Gibson*, précité, à la p. 37, que l’arrêt *Moreau* portait sur une preuve établissant de façon générale que les appareils Borkenstein étaient intrinsèquement sujets à une marge d’erreur de 10 mg.

Le deuxième arrêt critique est *R. c. Crosthwait*, précité. Notre Cour a établi que l’al. 258(1)(c) du *Code criminel* n’a pas pour effet de créer une présomption d’exactitude. Dans cette affaire, l’accusé a subi un procès sur une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» et, en

32

33

34

reliable because the technician did not confirm that there was less than a one degree difference between the air temperature and the temperature of the solution, as the manufacturer's instruction manual said must be done before an accurate result could be obtained. Pigeon J., for a unanimous Court, pointed out the distinction between the presumption of identity, contained in s. 258(1)(c), and the presumption of accuracy in s. 258(1)(g) and s. 25 of the *Interpretation Act*. After quoting these sections, Pigeon J. said (at p. 1099) that "[i]t is clear from the wording of the *Code* that the rebuttable presumption arises from the mere statements in the certificate itself. The presumption may no doubt be rebutted by evidence that the instrument used was not functioning properly but the certificate cannot be rejected on that account".

défense, il a prétendu que les résultats de l'alcootest n'étaient pas fiables parce que le technicien n'avait pas confirmé l'existence d'un écart de moins de 1 degré entre la température ambiante et la température de la solution, contrairement à ce que le guide d'emploi publié par le fabricant préconisait pour l'obtention de résultats exacts. Au nom de la Cour à l'unanimité, le juge Pigeon a fait ressortir la distinction entre la présomption d'identité, contenue à l'al. 258(1)c), et la présomption d'exactitude à l'al. 258(1)g) et à l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*. Après avoir cité ces dispositions, le juge Pigeon a ajouté, à la p. 1099: «Il ressort clairement du texte du *Code* que les énoncés du certificat font naître par eux-mêmes la présomption simple. La présomption peut sans doute être réfutée par la preuve du mauvais fonctionnement de l'instrument utilisé, mais le certificat ne peut être rejeté pour ce motif.»

35 In that case, the accused was not attacking the presumption of identity, that is, he was not claiming that his blood alcohol level as recorded on the breathalyzer was not the same as his blood alcohol level at the time he was driving. Rather, he argued that the blood alcohol level recorded by the breathalyzer did not accurately reflect his actual blood alcohol level, because the technician did not compare the temperatures of the air and solution before proceeding. In other words, he was attacking the presumption of accuracy. Therefore, the evidence he led to try to rebut this presumption was not "evidence to the contrary" under s. 258(1)(c), but was "evidence to the contrary" under s. 25 of the *Interpretation Act*. Pigeon J. made this clear when he said (at p. 1100):

Dans cette affaire, l'accusé n'a pas attaqué la présomption d'identité, c'est-à-dire qu'il n'a pas soutenu que son alcoolémie telle qu'indiquée par l'alcootest ne correspondait pas à son alcoolémie au moment de l'infraction. Il a plutôt soutenu que son alcoolémie indiquée par l'alcootest ne correspondait pas exactement à son alcoolémie réelle, parce que le technicien n'avait pas comparé la température ambiante et celle de la solution avant de faire le relevé. Autrement dit, il a attaqué la présomption d'exactitude. Par conséquent, la preuve qu'il a présentée pour combattre cette présomption n'était pas une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c), mais une «preuve contraire» au sens de l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*. C'est ce que le juge Pigeon précise quand il dit, à la p. 1100:

... while the certificate is evidence by itself, the facts of which it is evidence are "deemed to be established only in the absence of any evidence to the contrary". Thus, any evidence tending to invalidate the result of the tests may be adduced on behalf of the accused in order to dispute the charge against him. ... Therefore, in my view, the situation here is that the certificate was evidence of the results of the analyses by virtue of the express provisions of the *Criminal Code*, however, the further question remained: Was there any evidence to the contrary sufficient at least to raise a reasonable doubt? [Emphasis added.]

... bien que le certificat constitue par lui-même une preuve, les faits qu'il établit sont "réputé(s) établi(s) seulement en l'absence de toute preuve contraire". Ainsi, toute preuve qui tend à invalider le résultat des tests peut être produite au nom de l'accusé afin de contester l'accusation portée contre lui. [...] À mon avis, en l'espèce le certificat faisait preuve des résultats des analyses en vertu des dispositions expresses du *Code criminel*, cependant, une autre question demeure: existait-il une preuve contraire suffisante pour soulever au moins un doute raisonnable? [Je souligne.]

It is important to note that the passage quoted by Pigeon J. here was from what is now s. 25 of the *Interpretation Act*, and not from (then) s. 237(1)(c) of the *Code*. It is clear that the question before Pigeon J. in *Crosthwait*, *supra*, was what evidence was necessary in order to rebut the presumption of accuracy, not the presumption of identity.

Pigeon J. then went on to hold that the evidence in the case before him was not "evidence to the contrary" within the meaning of s. 25 of the *Interpretation Act*, and so the presumption of accuracy was not rebutted. He concluded (at p. 1102) that:

In my view in order to conclude that there was no evidence before the Magistrate to rebut the certificate, it is enough to note that the only evidence was merely of a possibility of a temperature difference without any indication that this could have affected the results to a significant extent. [Emphasis added.]

However, Pigeon J. also said (at p. 1101):

I am therefore of the opinion that the evidence of Dr. Newlands does not constitute evidence to the contrary under s. 237(1)(c) of the *Criminal Code*.

This last sentence must surely be considered something of a "slip of the pen", since the presumption with which Pigeon J. was concerned was not contained in s. 237(1)(c) of the *Code*, but was instead contained in s. 237(1)(f) (now s. 258(1)(g)) and s. 25 of the *Interpretation Act*. This is confirmed by his earlier analysis of these sections, and the fact that he quoted the *Interpretation Act* in the passage reproduced above when setting out the question to be answered.

Consequently, the case was not at all concerned with establishing that the blood alcohol level recorded by the breathalyzer was different from the blood alcohol level at the time of driving. Rather, the case was concerned with how to prove that the blood alcohol level recorded by the breathalyzer was not an accurate recording of the blood alcohol level at the time of the test. Section 258(1)(c) does not deal with this question. It is

Il importe de noter que le passage cité par le juge Pigeon dans ce cas était tiré de ce qui est maintenant l'art. 25 de la *Loi d'interprétation* et non de l'ancien al. 237(1)(c) du *Code*. De toute évidence, dans l'arrêt *Crosthwait*, précité, le juge Pigeon devait décider quelle preuve était nécessaire pour réfuter la présomption d'exactitude, et non la présomption d'identité.

Le juge Pigeon a également décidé que la preuve dans cette affaire n'était pas une «preuve contraire» au sens de l'art. 25 de la *Loi d'interprétation* et que la présomption d'exactitude n'avait donc pas été réfutée. Il a conclu, à la p. 1102:

À mon avis, pour conclure qu'il n'y avait aucune preuve devant le magistrat pour réfuter le certificat, il suffit de constater que la seule preuve consistait en la possibilité d'un écart de température, sans aucune indication que cela aurait pu modifier les résultats d'une façon notable. [Je souligne.]

Cependant, le juge Pigeon a dit également à la p. 1101:

Je suis donc d'avis que le témoignage de M. Newlands ne constitue pas une preuve contraire au sens de l'al. 237(1)(c) du *Code criminel*.

Cette dernière phrase peut certainement être considérée comme un lapsus, puisque la présomption dont traitait le juge Pigeon n'était pas énoncée à l'al. 237(1)(c) du *Code*, mais à l'al. 237(1)(f) (maintenant l'al. 258(1)(g)) et à l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*. Cela est confirmé par l'analyse qu'il a faite auparavant de ces dispositions et par le fait qu'il a cité la *Loi d'interprétation* dans le passage reproduit précédemment par rapport à la définition de la question à trancher.

En conséquence, l'affaire ne portait pas du tout sur la preuve que l'alcoolémie indiquée par l'alcootest différait de l'alcoolémie au volant. Elle concernait plutôt la façon de prouver que l'alcoolémie indiquée par l'alcootest n'était pas une mesure exacte de l'alcoolémie au moment de l'alcootest. L'alinéa 258(1)(c) ne traite pas de cette question.

dealt with by s. 258(1)(g) and s. 25 of the *Interpretation Act*.

C'est l'al. 258(1)g) et l'art. 25 de la *Loi d'interprétation* qui en traitent.

41

I agree with Arbour J.A. that the decisions of this Court in *R. v. Moreau* and *R. v. Crosthwait* are distinguishable from the matter at hand as they address the presumption of accuracy, rather than the presumption of identity. The following passage from the dissenting reasons of Arbour J.A. (at p. 237) is instructive:

In those cases [*Moreau, supra*, and *Crosthwait, supra*], it was suggested by the defence that the blood alcohol level of the accused at the time of the offence was not what the breathalyzer recorded because those results were inaccurate. It is in that context that the Supreme Court held that the presumption was displaced only by evidence capable of raising a doubt that the results were inaccurate to the point that the blood level of the accused at the relevant time would have been, on that evidence, below the prohibited level.

42

Despite the fact that *Crosthwait, supra*, deals entirely with the presumption of accuracy, some lower courts have mistakenly used it to analyze the presumption of identity, without recognizing the distinct nature of these two presumptions as established by this Court. For example see *R. v. Pryor* (1994), 93 C.C.C. (3d) 108, *R. v. Andrews* (1983), 22 M.V.R. 213 (N.S.S.C.A.D.), and *R. v. Hughes* (1982), 70 C.C.C. (2d) 42 (Alta. C.A.), where the courts, with respect, confused the two presumptions and improperly relied on *R. v. Moreau* and *R. v. Crosthwait* to support their interpretation of evidence to the contrary in s. 258(1)(c).

Je suis d'avis, comme le juge Arbour, que la situation dans les arrêts de notre Cour *R. c. Moreau* et *R. c. Crosthwait*, précités, diffère du cas qui nous occupe car ils concernent la présomption d'exactitude et non la présomption d'identité. Le passage qui suit des motifs de dissidence du juge Arbour, à la p. 237, nous éclaire sur ce point:

[TRADUCTION] Dans ces arrêts [*Moreau* et *Crosthwait*, précités], la défense a fait valoir que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction ne correspondait pas à l'alcoolémie indiquée par l'alcootest, parce que ces résultats étaient inexacts. C'est dans ce contexte que la Cour suprême a décidé que la présomption n'était réfutée que par une preuve susceptible de rendre douteuse l'exactitude des résultats au point de montrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment pertinent aurait été, selon cette preuve, inférieure au taux prohibé.

43

The majority of the Court of Appeal in the instant appeal similarly cite cases which discuss "evidence to the contrary" in s. 25 of the *Interpretation Act* for rebutting the presumption of accuracy. They, with respect, mistakenly apply these authorities to the presumption of identity, without recognizing either the distinction between the two types of presumptions or the reason why different evidence will be required to rebut each one. The short answer why evidence used for rebutting the presumption of accuracy will not rebut the presumption of identity is that they are two different

En dépit du fait que l'arrêt *Crosthwait*, précité, traite uniquement de la présomption d'exactitude, certains tribunaux d'instance inférieure l'ont invoqué à tort pour analyser la présomption d'identité, sans reconnaître la nature distincte de ces deux présomptions telle qu'établie par notre Cour. Par exemple, voir les décisions *R. c. Pryor* (1994), 93 C.C.C. (3d) 108, *R. c. Andrews* (1983), 22 M.V.R. 213 (C.S.N.-É. Sect. app.) et *R. c. Hughes* (1982), 70 C.C.C. (2d) 42 (C.A. Alb.), dans lesquelles les tribunaux ont, en toute déférence, confondu les deux présomptions et se sont appuyés à tort sur les arrêts *R. c. Moreau* et *R. c. Crosthwait* pour étayer leur interprétation de la preuve contraire visée à l'al. 258(1)c).

De la même façon, la Cour d'appel à la majorité dans le présent pourvoi cite des précédents dans lesquels une «preuve contraire» visée à l'art. 25 de la *Loi d'interprétation* a été présentée pour combattre la présomption d'exactitude. En toute déférence, elle a appliqué à tort ces précédents à la présomption d'identité, sans reconnaître la distinction entre les deux types de présomption ni la raison pour laquelle il faut une preuve différente pour réfuter chacune d'elles. Si une preuve destinée à réfuter la présomption d'exactitude ne réfutera pas la présomption d'identité, c'est tout simplement

presumptions, and therefore different evidence will be required for each. I now wish to discuss this point more fully.

(iv) *Evidence to the Contrary*

The central question in this appeal is whether “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) means (a) evidence which shows that the accused’s blood alcohol level at the time of the offence (driving) and the time of the testing has changed, or (b) evidence which shows that the accused’s blood alcohol level at the time of driving was below .08. Like Arbour J.A., I am of the view that the correct answer is the former for several reasons.

In the first place, the plain wording of the section supports the conclusion that “evidence to the contrary” means simply that the blood alcohol level at the time of the test was different from the time of the offence. It does not support the conclusion that the evidence must show that the accused’s blood alcohol level was below .08. I reproduce the section here with only the relevant portions:

(c) where samples of the breath of the accused have been taken . . . evidence of the results of the analyses so made is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was . . . the lowest of the concentrations determined by the analyses;

To paraphrase, the section states that the blood alcohol level at the time the accused was driving will be presumed to be the same as the blood alcohol level at the time of the breathalyzer test, unless the accused can lead evidence showing that they were not the same. The section clearly does not say that the accused must show that he or she was not over .08 for the presumption not to apply. As stated earlier, the presumed fact deals with presuming blood alcohol levels to be the same at two different times. Evidence to the contrary must therefore be defined in relation to what is being presumed. To rebut the presumption all that must be done is for the accused to show that his or her

qu’il s’agit de deux présomptions distinctes et que, par conséquent, il faut une preuve différente pour chacune. J’examinerai maintenant ce point plus à fond.

(iv) *Preuve contraire*

La question fondamentale dans le présent pourvoi est de savoir si l’expression «preuve contraire» employée à l’al. 258(1)c) signifie a) une preuve montrant que l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction (au volant) et au moment de l’alcooltest a changé, ou b) une preuve montrant que l’alcoolémie de l’accusé au volant était inférieure à 0,08. À l’instar du juge Arbour, je suis d’avis que la bonne solution est la première et ce, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, le langage clair de la disposition nous amène à conclure qu’une «preuve contraire» signifie simplement que l’alcoolémie au moment de l’alcooltest était différente de l’alcoolémie au moment de l’infraction. Il ne permet pas de conclure que la preuve doit montrer que l’alcoolémie de l’accusé était inférieure à 0,08. Je reproduis la disposition ici sans les passages non pertinents:

c) lorsque des échantillons de l’haleine de l’accusé ont été prélevés [. . .] la preuve des résultats des analyses fait foi, en l’absence de toute preuve contraire, de l’alcoolémie de l’accusé au moment où l’infraction aurait été commise, ce taux correspondant [. . .] au plus faible d’entre eux . . .

Pour utiliser une paraphrase, la disposition dit que l’alcoolémie au moment où l’accusé était au volant est présumée correspondre à son alcoolémie au moment de l’alcooltest, sauf si l’accusé peut présenter une preuve montrant qu’elles ne sont pas identiques. De toute évidence, elle ne dit pas que, pour que la présomption ne s’applique pas, il doit prouver que son alcoolémie ne dépassait pas 0,08. Je le répète, le fait présumé est que l’alcoolémie à deux moments distincts était identique. L’expression «preuve contraire» doit donc être définie par rapport à ce qui est présumé. Pour réfuter la présomption, il suffit que l’accusé montre que son alcoolémie était, aux deux moments pertinents, dif-

44

45

46

blood alcohol levels at the two points in time were different and, hence, to show that the temporal presumption should not apply. On this basis, I fail to see how the majority's position can be supported on the plain wording of the section.

47

Moreover, the majority's concerns about the Crown's ability to prove the offence if this interpretation is given to the section are misplaced. One point raised by the majority is that the section should not require the Crown to prove an immaterial fact. The majority says that it does not matter exactly what the accused's blood alcohol level was, just that it was over .08. Therefore, the Crown should not be required to prove by how much it was over .08, just that it was, in fact, over this threshold.

48

The problem with this line of reasoning is that the majority is confusing the presumptions. Their point is a valid one with respect to the presumption of accuracy. When an accused seeks to rebut the presumption of accuracy, as contained in s. 258(1)(g) and s. 25 of the *Interpretation Act*, it does not matter that they are able to prove that their actual blood alcohol level should have been .150 instead of the .200 as recorded on the breathalyzer. This is immaterial as far as the commission of the offence is concerned. This is why it is well established that, in order to rebut this presumption, the accused must adduce or point to evidence which tends to show that his or her blood alcohol level was actually under .08.

49

However, the same logic does not apply to the presumption of identity, and cases dealing with the presumption of accuracy cannot be used in support of this point for the presumption of identity, as the majority of the Court of Appeal attempts to do. The presumption of accuracy establishes the blood alcohol level necessary for the offence. The presumption of identity in effect puts the accused in the car with that blood alcohol level at a prior point in time. Hence, the presumption of identity is a temporal presumption designed to simplify the evidentiary necessity of bridging the time gap between the time of the breathalyzer and the time of the offence. The presumption is simply a "short-

férente et, par conséquent, que la présomption temporelle ne doit pas être appliquée. Pour ce motif, je ne vois pas comment le langage clair de la disposition peut étayer la position de la majorité.

En outre, les inquiétudes de la majorité au sujet de la capacité du ministère public de prouver l'infraction si cette interprétation était retenue ne sont pas fondées. Selon la majorité, la disposition ne doit pas obliger le ministère public à prouver un fait non substantiel. D'après la majorité, il importe peu de connaître la mesure exacte de l'alcoolémie de l'accusé, il suffit de savoir qu'elle dépassait 0,08. Par conséquent, le ministère public ne doit pas être tenu de prouver de combien de milligrammes l'alcoolémie dépassait 0,08, mais seulement qu'elle dépassait de fait cette limite.

Le problème dans ce raisonnement, c'est que la majorité confond les présomptions. Son raisonnement est valable en ce qui a trait à la présomption d'exactitude. Quand un accusé cherche à réfuter la présomption d'exactitude, énoncée à l'al. 258(1)(g) et à l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*, il importe peu qu'il réussisse à prouver que l'alcootest aurait dû indiquer que son alcoolémie était en réalité de 0,150 et non de 0,200. Cela importe peu du point de vue de la perpétration de l'infraction. C'est pourquoi il est bien établi que, pour réfuter cette présomption, l'accusé doit présenter ou signaler une preuve qui tend à montrer que son alcoolémie était en fait inférieure à 0,08.

Toutefois, la même logique ne s'applique pas au regard de la présomption d'identité et l'on ne saurait, comme la Cour d'appel à la majorité tente de le faire, invoquer la jurisprudence portant sur la présomption d'exactitude à l'appui de ce raisonnement en ce qui concerne la présomption d'identité. La présomption d'exactitude établit l'alcoolémie nécessaire à la perpétration de l'infraction. La présomption d'identité a pour effet de placer l'accusé au volant avec cette alcoolémie à un moment antérieur. C'est pourquoi la présomption d'identité est une présomption temporelle destinée à simplifier la preuve nécessaire pour remplir l'intervalle entre le moment de l'alcootest et le moment de l'infraction.

cut" for the Crown, and if the accused is able to show that the short-cut should not apply in this case, and that his or her blood alcohol level was different at the time of driving from that at the time of the test, then it would be unreasonable to apply the presumption, and on the wording of the section, the presumption would be rebutted.

Moreover, it may not matter a great deal if the presumption is rebutted. The majority's concerns about an accused rebutting the presumption of identity by simply showing that his or her blood alcohol level at the time he or she was driving was different, in that it was higher, than at the time of the test are unfounded. If an accused proves that his or her blood alcohol level at the time of driving was actually higher than at the time of the test, then the presumption of identity would be rebutted because the evidence is that the blood alcohol level was different. The accused, however, could still be convicted because even without the presumption of identity, the elements of the offence could be made out. The same holds true where the accused leads evidence to the effect that his or her blood alcohol level at the time of driving was lower than at the time of the test, but still over .08.

Therefore, the majority of the Ontario Court of Appeal need not be so concerned about the presumption of identity being rebutted here because if it is rebutted, the elements of the offence can be proved in other ways. It may be possible to bridge the time gap between the test and the driving by the use of expert evidence on absorption rates of alcohol to work "backwards" in order to establish what the accused's blood alcohol level would have been at the time of driving. Thus, for example, if an accused blew .250 on the breathalyzer, but had consumed 100 ml of vodka one hour before the test, it would be open for an expert in this area to work backwards to give an opinion on what the accused's blood alcohol level would have been at the time of driving. Such an opinion would be given in terms of a range, and if the expert said that the accused would have been between .170 and .200, for instance, then a conviction would in all likelihood follow because it must be remembered that the mere fact that the presump-

tion. Elle n'est qu'un raccourci offert au ministère public et, si l'accusé est en mesure de montrer que le raccourci ne doit pas servir dans son cas et que son alcoolémie au volant était différente de son alcoolémie au moment de l'alcootest, alors il ne serait pas raisonnable d'appliquer la présomption, qui, vu le libellé de la disposition, serait réfutée.

Par surcroît, ce n'est peut-être pas très grave si la présomption est réfutée. Les inquiétudes de la majorité au sujet de la possibilité que l'accusé réfute la présomption en montrant simplement que son alcoolémie au moment où il était au volant était différente, en ce sens qu'elle était plus élevée qu'au moment de l'alcootest, ne sont pas fondées. Si l'accusé prouve que son alcoolémie au volant était en réalité plus élevée qu'au moment de l'alcootest, alors la présomption d'identité est réfutée, parce qu'il a établi que son alcoolémie était différente. L'accusé serait tout de même déclaré coupable, parce que même sans la présomption d'identité, les éléments de l'infraction pourraient être prouvés. Il en va de même si l'accusé prouve que son alcoolémie au volant était moins élevée qu'au moment de l'alcootest, mais qu'elle dépassait quand même 0,08.

Par conséquent, la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité n'avait pas à tant s'inquiéter au sujet de la possibilité que la présomption d'identité soit réfutée en l'espèce, car si elle est réfutée, les éléments de l'infraction peuvent être prouvés par d'autres moyens. Il est peut-être possible de remplir l'intervalle entre l'alcootest et l'infraction par le témoignage d'experts sur les taux d'assimilation de l'alcool afin de remonter dans le temps et d'établir ce que l'alcoolémie de l'accusé aurait été au moment de l'infraction. Par exemple, si l'alcootest de l'accusé indiquait 0,250, mais que celui-ci ait absorbé 100 ml de vodka une heure avant l'alcootest, un expert de cette spécialité pourrait retourner en arrière et donner son avis sur ce qu'aurait été l'alcoolémie de l'accusé lorsqu'il était au volant. Il déterminerait un maximum et un minimum et si, d'après lui, ceux-ci auraient été, mettons, entre 0,170 et 0,200, alors une déclaration de culpabilité s'ensuivrait vraisemblablement, parce qu'il ne faut pas oublier que le simple fait que la présomption

50

51

tion of identity is rebutted does not render the certificate of analysis inadmissible. This is still admissible evidence under s. 258(1)(g) for the facts contained therein and it, along with the expert's testimony and any other relevant evidence, may be easily capable of supporting a conviction.

52

The British Columbia Court of Appeal recognized this fact in *R. v. Kizan* (1981), 58 C.C.C. (2d) 444, where they reached a conclusion essentially the same as Arbour J.A.'s in the present case. This was another case in which the accused had a swallow of vodka between the time of driving and the time of the test. The question is whether this constituted "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c). McFarlane J.A., for a unanimous court, said (at p. 446):

As I put to counsel, and I say it again, if it be accepted that the respondent swallowed a good drink of vodka very shortly after the time of the alleged offence, if (and I repeat if) the taking of that drink could have any effect whatever on the proportion of alcohol to blood, it must surely be to increase the proportion of alcohol in the blood after the time of the alleged offence, and before the test.

Accordingly, on the circumstances of this particular case the evidence of the taking of that drink was, in my opinion, clearly evidence to the contrary, within the meaning of the subsection.

Now, whether I am right in my last assertion or not, it is evidence which might tend to show that the proportion of alcohol to blood at the time of the alleged offence was not that shown by the certificate. If that be so, it might be either more or less, and the question then would be for the trier of fact to decide whether the evidence did or did not, on the whole, satisfy him (a) that the Crown had proved the offence beyond a reasonable doubt or (b) that upon the whole of the evidence, including the certificates, the Crown had failed to prove the commission of the offence to that degree.

53

The British Columbia Court of Appeal correctly noted, as did Arbour J.A., that the mere fact that the presumption of identity is rebutted does not mean that the certificate of analysis is inadmissible. It is still open to the trial judge to convict if,

d'identité a été réfutée ne rend pas le certificat de l'analyste inadmissible. Celui-ci est quand même admissible aux termes de l'al. 258(1)(g) et fait preuve des faits qui y sont allégués et, combiné au témoignage de l'expert et à tout autre élément de preuve pertinent, il peut facilement justifier la déclaration de culpabilité.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu ce fait dans l'arrêt *R. c. Kizan* (1981), 58 C.C.C. (2d) 444, où elle est arrivée essentiellement à la même conclusion que le juge Arbour en l'espèce. Il s'agissait aussi d'un cas où l'accusé avait pris une gorgée de vodka entre le moment où il était au volant et le moment de l'alcootest. La question était de savoir si cela constituait une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)(c). Au nom de la cour à l'unanimité, le juge McFarlane a dit (à la p. 446):

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit aux avocats, et je le répète, si l'on admettait que l'intimé a pris un bon verre de vodka très peu de temps après l'infraction reprochée, si (je répète, si) l'absorption de cette boisson pouvait modifier en quoi que ce soit son alcoolémie, ce serait sûrement pour l'augmenter après l'infraction reprochée et avant l'alcootest.

Par conséquent, étant donné les circonstances particulières de l'espèce, la preuve de l'absorption de cet alcool était, à mon avis, clairement une preuve contraire au sens de l'alinéa.

Alors, que je me trompe ou non sur ce dernier point, c'est une preuve qui pourrait tendre à montrer que l'alcoolémie au moment de l'infraction reprochée était différente de l'alcoolémie indiquée par le certificat. Si c'est le cas, elle pouvait être supérieure ou inférieure à celle-ci, et ce que le juge des faits devrait alors se demander, c'est si la preuve, dans son ensemble, le convainc que a) le ministère public a prouvé l'infraction hors de tout doute raisonnable, ou que b) au vu de l'ensemble de la preuve, y compris les certificats, le ministère public n'a pas prouvé la perpétration de l'infraction conformément à ce degré de preuve.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait observer à juste titre, comme l'a fait le juge Arbour, que le simple fait que la présomption d'identité soit réfutée ne signifie pas que le certificat de l'analyste est inadmissible. Il est toujours

on the basis of all the evidence before him or her, the trial judge is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused was over .08 at the time of driving.

Moreover, even if a conviction on "over 80" is not possible, for whatever reason, a conviction on impaired driving may well be possible on the strength of the arresting officer's testimony. In the present case, it so happens that the accused was not charged with impaired driving, even though such a charge is routinely laid. In fact, the trial judge in this case inquired of Crown counsel why an impaired charge was not laid, and said that such a charge may well have been sustainable.

I should emphasize at this point that it is important to recall the essential difference between a presumption and evidence. Section 258(1)(c) establishes a presumption that the blood alcohol level at the time of driving was the same as at the time of testing, but it does not provide evidence of this fact. It is simply a short-cut for the Crown. If the accused is able to rebut the presumption by showing that the blood alcohol level at the two times was different, then the Crown will have to call evidence to prove its case. The presumption simply establishes that the blood alcohol level at the two times was the same. The evidence called would go to establishing what the accused's blood alcohol level at the time of driving actually was.

There is another aspect of the approach of the majority of the Court of Appeal in this case that merits comment. Essentially, the adoption of the line of reasoning advanced by the majority would place the onus on the accused to establish his or her own innocence. Specifically, if an accused were required to rebut the s. 258(1)(c) presumption in the manner put forward by the majority, the accused would necessarily have to prove that his or her blood alcohol content was less than .08. If this position is accepted, and the materiality of the evidence of the accused depends upon reference to the

loisible au juge du procès de déclarer l'accusé coupable si, au vu de l'ensemble de la preuve, il est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'alcoolémie de l'accusé dépassait 0,08 au moment de l'infraction.

De plus, même s'il n'est pas possible, pour quelque raison que ce soit, de le déclarer coupable à l'égard de l'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80», il se peut qu'il puisse être déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies, sur la foi du témoignage de l'agent qui l'a arrêté. En l'espèce, il se trouve que l'accusée n'a pas été inculpée de conduite avec facultés affaiblies, même si une telle accusation est habituellement portée. En fait, le juge du procès en l'espèce a demandé au substitut du procureur général pourquoi une accusation de cette nature n'avait pas été portée et a dit qu'une telle inculpation aurait bien pu être justifiée.

Je dois souligner ici qu'il importe de se rappeler la différence essentielle entre une présomption et une preuve. L'alinéa 258(1)c) établit une présomption que l'alcoolémie au volant correspond à l'alcoolémie au moment de l'alcootest, mais il n'en fournit pas la preuve. Ce n'est qu'un raccourci offert au ministère public. Si l'accusé réussit à réfuter la présomption en montrant que l'alcoolémie aux deux moments était différente, alors le ministère public doit faire la preuve de l'accusation par d'autres moyens. La présomption établit simplement que l'alcoolémie aux deux moments était identique. Les éléments de preuve produits serviraient à établir l'alcoolémie réelle de l'accusé lorsqu'il était au volant.

Il y a un autre aspect de la solution proposée par la Cour d'appel à la majorité sur lequel il vaut la peine de s'arrêter. Essentiellement, l'adoption du raisonnement de la majorité ferait peser sur l'accusé la charge de prouver son innocence. Précisément, si un accusé était tenu de combattre la présomption énoncée à l'al. 258(1)c) de la façon préconisée par la majorité, il devrait nécessairement prouver que son alcoolémie était inférieure à 0,08. Si cette position était acceptée, et que le caractère substantiel de la preuve de l'accusé est établi en fonction de la limite fixée dans la loi, il

54

55

56

legal limit, a grey area exists between the breathalyzer result and the legal limit, and the burden of clarifying this will be placed on the accused when, in fact, the burden should rest with the Crown to prove its case.

existerait une zone d'incertitude entre les résultats de l'alcootest et la limite légale, et il incomberait à l'accusé de dissiper l'incertitude alors qu'en fait, c'est au ministère public que revient l'obligation de prouver l'accusation.

57 If the accused chooses not to call evidence, as is his or her right, and the Crown does not present additional evidence, the burden is in effect switched to the accused to establish that his or her blood alcohol level was below .08 at the time of the offence, despite the fact that the Crown has not proved its case. If the Crown cannot establish beyond a reasonable doubt that the accused's blood alcohol level exceeded .08 this should not be sufficient to ground a conviction. If the Crown in this appeal is correct, the accused must raise a doubt as to his guilt despite the fact that the Crown may have introduced no evidence. Put another way, an accused may be able to meet the test as elaborated by *Arbour J.A.*, but he may still not be able to pass the test proposed by the Crown without basically bearing the burden of proving his innocence. This position arguably raises concerns under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, accordingly, it should not be accepted, especially when there is another interpretation that does not raise such concerns.

Si l'accusé choisit de ne pas présenter de preuve, comme il en a le droit, et que le ministère public ne présente pas d'autre preuve, la charge est en fait renversée et il revient à l'accusé d'établir que son alcoolémie était inférieure à 0,08 au moment de l'infraction, malgré le fait que le ministère public n'a pas prouvé l'accusation. Si celui-ci ne peut pas établir hors de tout doute raisonnable que l'alcoolémie de l'accusé dépassait 0,08, cela ne doit pas être suffisant pour justifier la déclaration de culpabilité. Si le ministère public a raison dans le présent pourvoi, l'accusée doit faire naître un doute raisonnable sur sa culpabilité en dépit du fait que le ministère public n'a peut-être produit aucun élément de preuve. Autrement dit, un accusé peut être à même de satisfaire au critère énoncé par le juge *Arbour*, mais néanmoins ne pas être en mesure de répondre au critère proposé par le ministère public sans avoir, fondamentalement, à s'acquitter de la charge de prouver son innocence. On pourrait soutenir que cette position soulève des questions au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'en conséquence, elle doit être rejetée, surtout lorsqu'une autre interprétation possible ne suscite pas de telles questions.

58 Finally, if the Crown's position on the meaning of evidence to the contrary is correct, this view raises some problems when one considers the operation of s. 253(a) of the *Criminal Code*. Section 253 establishes the offence of operating a vehicle while impaired by providing the following:

Pour terminer, si la position du ministère public sur la signification de l'expression «preuve contraire» est bien fondée, elle pose par ailleurs certains problèmes au regard de l'application de l'al. 253a) du *Code criminel*. L'article 253 crée l'infraction de conduite d'un véhicule à moteur en état de facultés affaiblies dans les termes suivants:

253. Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

253. Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants:

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

Section 258 refers to s. 253 when it provides:

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3), [Emphasis added.]

This language indicates that the presumptions in s. 258 operate with respect to both paras. (a) and (b) of s. 253. Therefore, if the majority opinion of the Court of Appeal were accepted, evidence to the contrary under s. 258 would only be evidence tending to show that the accused's blood alcohol level was below .08. The question then arises of how this approach would operate with respect to a charge under s. 253(a) dealing with impaired driving. This is further argument to conclude that evidence to the contrary does not relate to evidence showing a reading below the legal limit, but only to the temporal presumption as previously discussed.

There remains one difficulty with the above analysis or at least with the inherent nature of the presumption of identity which presents something of a conundrum. If any evidence of difference between the accused's blood alcohol level at the time of the testing and at the time of the driving could be considered "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c) so as to rebut the presumption, then the presumption could be rebutted in every case. The simple reason for this is that an intoxicated person's blood alcohol level is constantly changing as a result of absorption and elimination of alcohol into and out of the blood. A person charged with "over 80" could simply show that his blood alcohol level changed between driving and being stopped because some of the alcohol had been metabolized in the interim, and suddenly the presumption in s. 258(1)(c) would be gone. In such cases, a conviction would not be difficult to obtain, because in most cases the blood alcohol

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

L'article 258 renvoie à l'art. 253 dans ces termes:

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3): [Je souligne.]

Ces termes indiquent que les présomptions énoncées à l'art. 258 s'appliquent aux alinéas a) et b) de l'art. 253. Par conséquent, si l'opinion émise par la Cour d'appel à la majorité était acceptée, une preuve contraire visée à l'art. 258 devrait être une preuve tendant à montrer que l'alcoolémie de l'accusé était inférieure à 0,08. Il faudrait alors se demander ce qu'il en serait d'une accusation de conduite avec facultés affaiblies visée à l'al. 253a). C'est un autre argument qui nous amène à conclure qu'une preuve contraire n'est pas une preuve établissant une alcoolémie inférieure à la limite légale, mais qu'elle ne se rapporte qu'à la présomption temporelle examinée précédemment.

Il reste une difficulté soulevée par l'analyse qui précède ou du moins par la nature intrinsèque de la présomption d'identité qui pose en quelque sorte une énigme. Si toute preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'elle était au volant pouvait être tenue pour une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c), et pouvait donc réfuter la présomption, alors la présomption pourrait être réfutée dans tous les cas. C'est tout simplement que l'alcoolémie d'une personne ivre change constamment par suite de l'absorption ou de l'élimination de l'alcool dans son sang. Une personne accusée d'une infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» pourrait simplement montrer que son alcoolémie a changé entre le moment de l'infraction et le moment de l'interpellation, parce qu'une partie de l'alcool a été assimilée entre temps et, ipso facto, la présomption énoncée à l'al. 258(1)c) serait privée d'effet. En pareil cas, il ne serait pas difficile

level will have gone down after driving, or, if it was going up as a result of absorption, in most cases it would not have risen rapidly if nothing else was consumed. But, with the presumption rebutted, the Crown would, in every case, have to call expert witnesses to establish these facts and provide a range of what the accused's blood alcohol level would have been. If this normal process of absorption and elimination were considered to be "evidence to the contrary", then the presumption would be useless, since it could always be rebutted.

d'obtenir la déclaration de culpabilité, parce que dans la plupart des cas, l'alcoolémie aurait diminué après l'infraction ou, si elle était allée en augmentant par suite d'une absorption, dans la plupart des cas, elle n'aurait pas augmenté rapidement si aucune autre boisson n'avait été absorbée par la suite. Mais, une fois la présomption réfutée, le ministère public devrait, dans chaque cas, assigner des experts pour établir ces faits et déterminer ce qu'auraient été les alcoolémies maximum et minimum. Si ce processus normal d'absorption et d'élimination était considéré comme une «preuve contraire», alors la présomption serait inutile, car elle pourrait être réfutée dans tous les cas.

Arbour J.A. dealt with this by saying, at pp. 238-39, that:

Le juge Arbour s'est penchée sur cette question, et a dit, aux pp. 238 et 239:

Scientific evidence tending to show that in all cases the blood alcohol content two hours before the test is not likely to be the same as the level recorded by the machine would not constitute "evidence to the contrary" within the meaning of the section. This is because it would merely be tendered to show that the presumption is a fiction, that it is ill-conceived and that it should therefore not be applied. In the words of Beetz J. in *Moreau, supra*, at p. 271 S.C.R., p. 533 C.C.C., such evidence would be aimed not at "rebutting the presumption . . . but at denying its very existence".

[TRADUCTION] Une preuve scientifique tendant à montrer que, dans tous les cas, l'alcoolémie deux heures avant l'alcootest ne correspondra vraisemblablement pas à l'alcoolémie indiquée par l'appareil ne serait pas une «preuve contraire» au sens de la disposition. C'est qu'une telle preuve serait présentée simplement pour montrer que la présomption est une fiction, qu'elle est mal conçue et qu'il ne convient donc pas de l'appliquer. Pour reprendre les propos du juge Beetz dans l'arrêt *Moreau*, précité, à la p. 271 (R.C.S.), à la p. 533 (C.C.C.), cette preuve ne vise pas à «réfuter la présomption [. . .], elle veut en nier l'existence même».

The effect of normal biological processes of absorption and elimination of alcohol cannot of and by itself constitute "evidence to the contrary", because Parliament can be assumed to have known that blood alcohol levels constantly change, yet it saw fit to implement the presumption. Therefore, as Arbour J.A. states, to permit this to become "evidence to the contrary" would, in effect, be nothing more than an attack on the presumption itself by showing that it is a legal fiction and therefore should never be applied. In my view, such an attack on the presumption should not be allowed.

L'effet du processus biologique normal de la transformation de l'alcool par le métabolisme ne saurait en soi constituer une «preuve contraire», parce qu'il faut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie variait continuellement et qu'il a néanmoins jugé bon d'établir cette présomption. Par conséquent, comme le dit le juge Arbour, ériger cela en «preuve contraire» équivaldrait tout au plus à attaquer la présomption elle-même en démontrant qu'elle n'est qu'une fiction juridique et qu'elle ne devrait jamais être appliquée. À mon avis, une telle attaque contre la présomption ne doit pas être admise.

V. Conclusion

V. Conclusion

In conclusion, I would not expect that many people would likely drink an alcoholic beverage as the accused did in this case. Indeed, such individu-

En conclusion, je ne crois pas que beaucoup de gens prendront de l'alcool comme l'a fait l'intimée en l'espèce. En fait, ils risqueraient en agissant

als may be risking charges for obstruction of justice, but it is not necessary for me to express any opinion on this matter.

In the result, I would agree with Arbour J.A. in dissent in the Court of Appeal, and with the trial judge and the summary conviction appeal judge, and hold that the evidence that the accused drank the two small bottles of vodka is "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c). Therefore, the Crown cannot rely on the presumption that her blood alcohol level at the time of the testing was the same as her blood alcohol level at the time of the offence. Since there was no other evidence establishing her blood alcohol level at the time of the offence, she must be acquitted. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and restore the acquittal.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — Can a person who voluntarily consumes alcohol (or claims to have consumed alcohol) after driving yet before providing a breathalyzer sample to police rely on evidence of this fact, *per se*, as "evidence to the contrary" to rebut the presumption in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46? I must respectfully disagree with my colleague's approach to this problem, as well as with his conclusion. I believe that there exists a third possible interpretation of "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) which it is open for this Court to accept: that "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c) is evidence which tends to show that there is a legally material difference between the accused's blood alcohol level at the time of testing and at the time of the offence.

In my opinion, the distinction between the "presumption of identity" and the "presumption of accuracy" is an exercise in hairsplitting which runs contrary to the essential purpose of this provision of the *Criminal Code*, to the past jurisprudence of

ainsi d'être inculpés d'entrave à la justice, mais il n'est pas nécessaire que j'exprime mon avis sur cette question.

En conséquence, je souscris aux motifs dissidents du juge Arbour de la Cour d'appel et au jugement du juge du procès et du juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires, et je conclus que la preuve que l'accusée a bu les deux petites bouteilles de vodka est une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c). Le ministère public ne peut donc pas s'appuyer sur la présomption que son alcoolémie au moment de l'alcootest correspondait à son alcoolémie au moment de l'infraction. Comme aucun autre élément de preuve n'établit son alcoolémie au moment de l'infraction, elle doit être acquittée. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir l'acquittement.

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La preuve de consommation volontaire d'alcool après avoir conduit un véhicule mais avant de fournir un échantillon d'haleine à la police peut-elle servir de «preuve contraire» aux fins de réfuter la présomption établie à l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46? Avec égards, je ne saurais être d'accord avec la façon dont mon collègue aborde ce problème ni avec sa conclusion. J'estime que notre Cour peut retenir une troisième interprétation de la notion de «preuve contraire» à l'al. 258(1)c), soit qu'une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c) est une preuve tendant à démontrer qu'il existe une différence pertinente en droit entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie au moment de l'infraction.

À mon avis, la distinction entre la «présomption d'identité» et la «présomption d'exactitude» relève d'un exercice artificiel, contraire à l'objectif fondamental que vise cette disposition du *Code criminel*, à la jurisprudence antérieure de notre Cour

63

64

65

this Court, and to important policy considerations. If evidence of the fact of post-driving drinking is, indeed, all that is needed to prevent the Crown from relying on the presumption in s. 258(1)(c), it will either oblige the Crown to rely in all such cases on less precise evidence of impairment or, alternatively, increase considerably the time and expense of proceeding on an "over 80" charge by making it necessary for the Crown to adduce expert toxicological evidence as part of its case against the accused. With respect, I believe that such a conclusion cannot possibly be consistent with the spirit of the law, given the clear mischief that s. 258 of the *Code* is intended to address.

ainsi qu'à d'importantes considérations d'intérêt public. En effet, si la preuve de consommation d'alcool postérieure à la conduite d'un véhicule suffit pour empêcher le ministère public d'invoquer la présomption de l'al. 258(1)c), le ministère public devra, en pareils cas, soit se fonder sur une preuve moins précise d'affaiblissement des facultés, soit avoir recours à des experts toxicologues et ainsi accroître considérablement le temps et le coût des poursuites pour conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg». Avec égards, j'estime qu'une telle conclusion ne saurait être compatible avec l'esprit de la loi, compte tenu du problème que vise clairement à corriger l'art. 258 du *Code*.

I. Relevant statutory provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

253. Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3),

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

I. Dispositions législatives applicables

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

253. Commets une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants:

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3):

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont iden-

(i) [not in force]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses; [Emphasis added.]

II. Facts and Judgments

The facts of this case are compellingly straightforward. The appellant, Ms. St. Pierre, was stopped at approximately 1 a.m. by an officer who observed her driving erratically. The officer ascertained that she was intoxicated and asked that she provide a roadside breath sample. After three unsuccessful attempts, she provided a sample and registered a fail on the ALERT test. The officer issued a breathalyzer demand and took her to the police station. As the breathalyzer operator was occupied with another driver, the appellant had to wait approximately one hour for her testing session. She used the washroom three times prior to taking the test. Both breathalyzer readings, taken 20 minutes apart, yielded a result of 180 mg of alcohol per 100 ml of blood. Shortly after taking the second of the breathalyzer tests, as she was being fingerprinted, the appellant showed two empty 50 ml vodka bottles to the police officer and

tiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies:

(i) [non en vigueur]

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié; [Je souligne.]

II. Faits et jugements

Les faits de cette instance sont on ne peut plus simples. L'appelante, M^{me} St. Pierre, a été interpellée vers 1 heure du matin par un agent qui avait observé sa conduite erratique. Ayant constaté son état d'intoxication, l'agent lui a demandé de fournir là et alors un échantillon d'haleine. Après trois tentatives infructueuses, elle a échoué l'épreuve ALERT. L'agent lui a alors demandé de se soumettre à l'alcootest et l'a conduite au poste de police. Comme le technicien était occupé avec un autre conducteur, l'appelante a dû attendre environ une heure avant de subir l'alcootest, et s'est rendue trois fois à la salle de toilette au cours de cette période. Les deux alcootests, effectués à 20 minutes d'intervalle, indiquaient un résultat de 180 mg d'alcool par 100 ml de sang. Peu de temps après avoir subi le second alcootest, au moment de la prise des empreintes digitales, l'appelante a montré deux bouteilles vides de 50 ml de vodka au

said that she had consumed them while in the washroom.

policier et a déclaré les avoir bues pendant qu'elle était à la salle de toilette.

67

At trial, the Crown sought to prove its case that the appellant was "over 80" by relying on the breathalyzer results and the evidence of the police officer. The evidence of the two 50 ml bottles was introduced at trial during the examination in chief of the officer. The officer testified that the bottles contained no residue, and did not smell of vodka. The Crown did not call an expert to bolster its case, arguing that if the accused wished to rely on the fact of post-driving drinking as "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c), she had to adduce some evidence that would tend to show that, were it not for the post-driving drinking, her blood alcohol level could have been below the prescribed legal limit. The accused did not testify. O'Reilly J. granted defence counsel's motion for a directed verdict following the close of the Crown's case and the appellant was acquitted. On the Crown's summary conviction appeal, the trial judge's verdict was upheld: (1991), 30 M.V.R. (2d) 13.

Au procès, le ministère public a cherché à faire la preuve que l'alcoolémie de l'appelante dépassait les 80 mg en se fondant sur les résultats des alcootests ainsi que sur le témoignage du policier. Quant aux deux bouteilles de 50 ml, elles ont été introduites en preuve au cours de l'interrogatoire principal du policier. Celui-ci a déclaré que les bouteilles ne contenaient aucun résidu et qu'on n'y décelait aucune odeur de vodka. Le ministère public n'a pas appelé d'expert à témoigner pour étayer sa preuve à cet égard. Il a fait valoir que si l'accusée souhaitait invoquer le fait de sa consommation d'alcool postérieure à la conduite de son véhicule comme «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c), elle devait présenter des éléments de preuve susceptibles de démontrer que, n'eût été cette consommation postérieure, son alcoolémie aurait pu être inférieure à la limite prescrite par la loi. L'accusée n'a pas témoigné. À la clôture de la preuve du ministère public, le juge O'Reilly a accueilli la requête de l'avocat de la défense pour verdict dirigé et l'appelante a été acquittée. En appel de la déclaration sommaire de culpabilité, interjeté par le ministère public, ce verdict a été confirmé: (1991), 30 M.V.R. (2d) 13.

68

On a further appeal by the Crown to the Ontario Court of Appeal, (1992), 10 O.R. (3d) 215, Galligan J.A., writing for the majority, stated that the decision of this Court in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, was determinative of this issue in that "evidence to the contrary" must tend to show that the accused's blood alcohol concentration was within permissible limits at the time in question. Arbour J.A., in dissent, held that evidence demonstrating any difference between the accused's blood alcohol concentration at the time of the offence and the breathalyzer reading at the time of the sample was sufficient to constitute "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c). In her view, it was not necessary for the appellant to adduce any evidence suggesting that she could have been below the legal limit were it not for the alcohol she had allegedly consumed after driving. As such, even evidence demonstrating a difference

Le ministère public a de nouveau interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 215. Au nom de la majorité, le juge Galligan a statué que l'arrêt de notre Cour *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, était déterminant quant à la question en litige, en ce que la «preuve contraire» devait tendre à établir que l'alcoolémie de l'accusé se situait à l'intérieur des limites permises au moment de l'infraction. Dissidente, madame le juge Arbour a soutenu que la preuve d'une différence quelconque entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction et le résultat de l'alcootest au moment de la prise de l'échantillon était suffisante pour constituer une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c). À son avis, l'appelante n'avait pas à fournir de preuve de nature à établir que son alcoolémie aurait pu être inférieure à la limite prévue par la loi n'eût été l'alcool qu'elle aurait con-

of "no particular magnitude" would suffice to preclude the Crown from relying on that presumption.

III. Analysis

My colleague advances several arguments in support of the conclusion that any credible evidence of post-driving drinking will rebut the presumption in s. 258(1)(c). He first adopts the distinction drawn by Arbour J.A. between the "presumption of accuracy" and the "presumption of identity". He next argues that this Court's previous decisions in *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261, and *R. v. Crosthwait*, *supra*, are distinguishable from the case at bar. He then urges a "plain meaning" interpretation of s. 258(1)(c). He finishes by noting concerns that any interpretation other than his might fall afoul of the presumption of innocence, or operate unjustly where the accused has been charged with impaired driving under s. 253(a) rather than with being "over 80" contrary to s. 253(b). I shall address each of these arguments in turn, although not necessarily in the same order, and demonstrate why I believe the correct interpretation of s. 258(1)(c) to be that which I outline above.

1. Prior Jurisprudence: *R. v. Moreau* and *R. v. Crosthwait*

The phrase "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) was already twice the focus of this Court's attention. In my opinion, *R. v. Moreau* and *R. v. Crosthwait* squarely apply.

In *Moreau*, an accused failed a breathalyzer test with a reading of 90 mg of alcohol per 100 ml of blood. He was, in other words, just 10 mg over the legal limit. He adduced expert evidence to the effect that all Borkenstein Breathalyzers (the machine which had recorded his result) were inaccurate within 10 mg of alcohol per 100 ml of

sommé après avoir été au volant. Ainsi, même une preuve établissant une différence [TRADUCTION] «sans amplitude particulière» serait suffisante pour empêcher le ministère public d'invoquer cette présomption.

III. Analyse

Mon collègue avance plusieurs arguments à l'appui de la conclusion suivant laquelle toute preuve crédible d'absorption d'alcool postérieurement à la conduite d'un véhicule permettra de réfuter la présomption de l'al. 258(1)c). Il retient d'abord la distinction établie par madame le juge Arbour entre la «présomption d'exactitude» et la «présomption d'identité». Il fait valoir ensuite qu'il y a lieu de distinguer la présente instance des arrêts antérieurs de notre Cour *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261, et *R. c. Crosthwait*, précité. Il nous invite ensuite à adopter une interprétation fondée sur le «sens manifeste» de l'al. 258(1)c). En terminant, il s'inquiète de ce que toute autre interprétation pourrait aller à l'encontre de la présomption d'innocence, ou causer une injustice dans le cas où le prévenu a été accusé de conduite avec facultés affaiblies sous le régime de l'al. 253(a) au lieu d'être accusé d'avoir conduit avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» en contravention de l'al. 253(b). Je discuterai de chacun de ces arguments, quoique pas nécessairement dans le même ordre, en vue de démontrer les raisons pour lesquelles l'interprétation correcte de l'al. 258(1)c) est celle que j'ai exposée précédemment.

1. La jurisprudence antérieure: *R. c. Moreau* et *R. c. Crosthwait*

L'expression «preuve contraire» utilisée à l'al. 258(1)c) a déjà retenu par deux fois l'attention de notre Cour. À mon avis, les arrêts *R. c. Moreau* et *R. c. Crosthwait* s'appliquent parfaitement ici.

Dans l'arrêt *Moreau*, l'accusé avait échoué l'alcootest dont le résultat indiquait une alcoolémie de 90 mg par 100 ml de sang. En d'autres termes, son taux n'excédait que de 10 mg la limite prévue par la loi. Il a présenté le témoignage d'un expert selon lequel tous les alcootests Borkenstein (l'appareil ayant servi à l'analyse) étaient inexacts à l'inté-

69

70

71

blood, and argued that this evidence constituted "evidence to the contrary" of the presumption set out in what is now s. 258(1)(c). The Court rejected that argument on the basis that such evidence was aimed not at rebutting the presumption but at defeating the scheme established by Parliament. What is more significant for our purposes, however, is the majority's explanation of the meaning of the phrase "evidence to the contrary". Beetz J., at p. 271, defined that phrase by citing with approval the following passage from the judgment of McFarlane J.A. in *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513 (B.C.C.A.), at p. 516:

While not expressed too clearly, I think the intention of Parliament becomes manifest when it is remembered that the fact to be proved is the proportion of alcohol to blood at the time of the offence. The result of the chemical analysis is one method of proving that fact: and the certificates are evidence, *inter alia*, of that result. It follows, in my opinion, that the concluding part of the subsection means that the result of the chemical analysis is proof of the proportion of alcohol to blood at the time of the offence in the absence of evidence that the proportion at that time did not exceed 80 to 100. Any evidence, therefore, tending to show that at the time of the offence the proportion was within the permitted limits is "evidence to the contrary" within the meaning of the subsection. [Emphasis added by Beetz J.]

Beetz J. then made the following observation, at p. 271:

In order to comply with the wording of the Code, "evidence to the contrary" has to be evidence which tends to establish that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was not the same as that indicated by the result of the chemical analysis.

The apparent inconsistency between these two passages has spawned a lively debate as to the true meaning of "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) of the *Code*. The second passage is relied upon by the appellant in support of her argument that "evidence to the contrary" need not be capable of showing that the accused was actually under the legal limit at the time of the offence.

rieur d'une marge de 10 mg d'alcool par 100 ml de sang, et a soutenu qu'il s'agissait là d'une «preuve contraire» à la présomption établie par l'actuel al. 258(1)c). La Cour a rejeté cet argument au motif qu'une telle preuve visait non pas à réfuter la présomption mais à contrer le régime établi par le législateur. Ce qui est plus significatif pour nos fins, toutefois, c'est l'explication de la majorité quant au sens de l'expression «preuve contraire». À la p. 271, le juge Beetz la définit en citant avec approbation le passage suivant des motifs du juge McFarlane dans l'arrêt *R. c. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513 (C.A.C.-B.), à la p. 516:

[TRADUCTION] À mon avis, l'intention du Parlement, bien qu'exprimée peu clairement, devient manifeste si l'on se souvient que le fait à prouver est la proportion d'alcool dans le sang au moment de l'infraction. Le résultat de l'analyse chimique est un des moyens de prouver ce fait et les certificats constituent une preuve, parmi d'autres, de ce résultat. Il s'ensuit donc, à mon avis, que la fin du paragraphe signifie que le résultat de l'analyse chimique fait preuve de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu au moment de l'infraction en l'absence de toute preuve que le taux d'alcoolémie à ce moment n'excédait pas 80 pour cent. En conséquence, toute preuve tendant à montrer qu'au moment de l'infraction, le taux d'alcoolémie était dans les limites permises constitue une «preuve contraire» au sens de ce paragraphe. [Souligné par le juge Beetz.]

Le juge Beetz fait ensuite l'observation suivante, à la p. 271:

Aux termes du Code, la «preuve contraire» doit être une preuve tendant à démontrer que le taux d'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction alléguée ne correspondait pas au résultat de l'analyse chimique.

La contradiction apparente entre ces deux passages a soulevé un vif débat quant à la véritable signification de l'expression «preuve contraire» utilisée à l'al. 258(1)c) du *Code*. L'appelante invoque le second passage à l'appui de son argument voulant qu'il ne soit pas nécessaire que la «preuve contraire» tende à démontrer qu'au moment de l'infraction, l'accusé ne dépassait pas de fait la limite prévue par la loi.

Reading these two passages in the factual and legal context in which they arose, however, demonstrates in my opinion that Beetz J.'s remarks do not support the appellant's argument. It must be recalled that the accused was only 10 mg over the prescribed legal limit. As such, the expert evidence of a 10 mg margin of error in breathalyzers could be seen as "tending to show that at the time of the offence the proportion was within the permitted limits" (p. 271). Put another way, a trier of fact faced with this evidence could have entertained a reasonable doubt that the accused's blood alcohol level at the time of the offence was within legal limits. Given that the accused's evidence appeared to satisfy this initial threshold, Beetz J. therefore had to make it clear that "evidence to the contrary" could not be general in nature, but must also relate to the blood alcohol level of the particular accused. He therefore elaborated at p. 271 on his previous definition of what constitutes "evidence to the contrary" by stating that such evidence also must be

... evidence which tends to establish that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was not the same as that indicated by the result of the chemical analysis. [Emphasis added.]

He went on to note that the evidence adduced did not relate to the accused, and therefore did not constitute "evidence to the contrary":

There is no such evidence in the case at bar. Apart from the certificates, there is no evidence of any kind directed at showing what was the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed. [Emphasis added.]

In other words, Beetz J. concluded that general challenges to the breathalyzer scheme did not tend to show that this particular accused's blood alcohol level was any different at the time of the alleged offence, and that such evidence could not, as a matter of law, constitute "evidence to the contrary" because it did not relate to the particular accused. There is no ambiguity. *Moreau* set down a clear, two-part standard. The confusion that followed stemmed from the fact that many did not read

Toutefois, je suis d'avis que, compte tenu du contexte factuel et juridique dans lequel ces passages ont été formulés, les remarques du juge Beetz ne sauraient étayer l'argument de l'appelante. Il faut rappeler que l'alcoolémie de l'accusé dans *Moreau* ne dépassait que de 10 mg la limite prescrite par la loi. À ce titre, le témoignage de l'expert au sujet de l'existence d'une marge d'erreur de 10 mg dans les alcootests pouvait être considéré comme «tendant à montrer qu'au moment de l'infraction, le taux d'alcoolémie était dans les limites permises» (p. 271). En d'autres termes, le juge des faits aurait pu, en raison de cette preuve, avoir un doute raisonnable quant à savoir si l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction était dans les limites prévues par la loi. Comme la preuve présentée par l'accusé semblait satisfaire à cette condition préliminaire, le juge Beetz se devait de clairement expliquer qu'une «preuve contraire» ne pouvait être de nature générale, mais qu'elle devait également être liée à l'alcoolémie de l'accusé en particulier. Il a donc, à la p. 271, explicité sa définition précédente de la «preuve contraire» en précisant qu'une telle preuve devait aussi être

... une preuve tendant à démontrer que le taux d'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction alléguée ne correspondait pas au résultat de l'analyse chimique. [Je souligne.]

Il a ajouté que la preuve présentée n'était pas reliée à l'accusé et qu'elle ne constituait donc pas une «preuve contraire»:

Il n'existe aucune preuve de ce genre en l'espèce. Exception faite des certificats, aucune preuve n'a été présentée pour établir le taux d'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction alléguée. [Je souligne.]

En somme, le juge Beetz a conclu qu'une contestation du système de l'alcootest en général ne tendait pas à démontrer que l'alcoolémie de cet accusé était différente au moment de l'infraction reprochée. Une preuve de ce genre ne pouvait, en droit, constituer une «preuve contraire» parce qu'elle n'était pas reliée à cet accusé. Il n'y a là aucune ambiguïté. L'arrêt *Moreau* a établi une norme claire comportant deux volets. La confusion qui a suivi est attribuable à ce que plusieurs n'ont pas

Beetz J.'s comments in their proper context — i.e. in light of the fact that the expert evidence in that case pointed to a discrepancy which could otherwise have brought the accused's blood alcohol level down to within the legal limit.

cerné les commentaires du juge Beetz dans leur véritable contexte, c'est-à-dire en tenant compte du fait que le témoignage de l'expert dans cette affaire indiquait un écart qui aurait pu autrement ramener l'alcoolémie de l'accusé en deçà de la limite prévue par la loi.

73 If any doubts as to the meaning of the phrase "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) remained after *Moreau*, however, they were resolved once and for all in *Crosthwait*, decided some two years later. *Crosthwait* raised the question of whether expert evidence that the particular breathalyzer in question was not operated properly — and therefore may have been inaccurate — constituted "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c). Pigeon J., for the Court, rejected that argument in the following terms (at p. 1101):

Toutefois, s'il subsistait, après l'arrêt *Moreau*, des doutes relativement au sens de l'expression «preuve contraire» de l'al. 258(1)c), ils ont été dissipés de façon définitive, deux ans plus tard, dans l'arrêt *Crosthwait*. Cette affaire soulevait la question de savoir si le témoignage d'un expert portant que l'alcootest en cause n'avait pas été opéré correctement — et pouvait donc avoir été inexact — constituait une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c). Au nom de la Cour, le juge Pigeon a rejeté cet argument en ces termes (à la p. 1101):

Mere possibility of some inaccuracy will not assist the accused. What is necessary to furnish evidence to the contrary is some evidence which would tend to show an inaccuracy in the breathalyzer or in the manner of its operation on the occasion in question of such a degree and nature that it could affect the result of the analysis to the extent that it would leave a doubt as to the blood alcohol content of the accused person being over the allowable maximum. [Emphasis added.]

La simple possibilité d'une inexactitude n'est d'aucun secours à l'accusé. Ce qui est nécessaire pour constituer une preuve contraire est une preuve qui tend à démontrer une inexactitude de l'éthylomètre, ou de son fonctionnement à cette occasion, d'un degré et d'une nature tels qu'elle pourrait modifier le résultat des analyses au point de rendre douteux que la concentration d'alcool dans le sang du prévenu ait été supérieure au maximum permis. [Je souligne.]

It appears that Pigeon J. essentially combined the two thresholds proposed by Beetz J. in *Moreau* into one: the alleged discrepancy must tend to show that the accused's blood alcohol level could have been below the legal limit at the time of the offence, and the evidence must relate to the particular accused's blood alcohol level, rather than to the scheme in general.

Il appert que le juge Pigeon a essentiellement fusionné en une seule les deux conditions préliminaires posées par le juge Beetz dans l'arrêt *Moreau*: l'écart allégué doit tendre à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé aurait pu être inférieure à la limite prévue par la loi au moment de l'infraction, et la preuve doit être reliée au taux d'alcool dans le sang de l'accusé en cause plutôt qu'au système en général.

74 The majority of the Court of Appeal in the present case concluded, at p. 223, that this Court's judgments in *Moreau* and *Crosthwait* were dispositive of the appeal:

Dans le cas qui nous occupe, les juges de la Cour d'appel ont conclu à la majorité, à la p. 223, que les arrêts *Moreau* et *Crosthwait* étaient déterminants:

I think it must be taken as having been settled by the Supreme Court of Canada that, in order for evidence to amount legally to "evidence to the contrary" as that expression is used in s. 258(1)(c), the evidence must tend to show that at the time of the alleged offence the

[TRADUCTION] J'estime qu'il faut considérer comme ayant été tranchée par la Cour suprême du Canada la question suivante, savoir que pour constituer en droit une «preuve contraire» au sens où cette expression est utilisée à l'al. 258(1)c), la preuve doit tendre à démon-

accused person's blood alcohol level did not exceed 80 mg of alcohol in 100 ml of blood.

On the other hand, Arbour J.A., in dissent, sought to distinguish these two cases from situations such as the present one involving post-driving drinking. Arbour J.A. identified a distinction between what she refers to as the "presumption of accuracy" and the "presumption of identity". It is to this question that I now turn.

2. The "Presumption of Accuracy" and the "Presumption of Identity"

According to Arbour J.A., the "presumption of accuracy" refers to the presumption that the breathalyzer device correctly reflects the accused's actual blood alcohol level at the time of the test. The "presumption of identity", on the other hand, refers to the presumption that the accused's blood alcohol level at the time of the test is the same as that at the time of the offence. To the extent that *Moreau* and *Crosthwait* stand for the proposition that "evidence to the contrary" is only that which tends to show that the accused's blood alcohol level at the time of driving was below 80 mg per 100 ml of blood, it is argued that these two authorities do not govern a situation where it is not the accuracy of the particular breathalyzer results that is questioned (i.e. the presumption of accuracy) but rather the presumption that these results reflect the blood alcohol level at the time of driving (i.e. the presumption of identity).

It is argued that these two presumptions are not inconsistent because they flow from different provisions in the *Code*. The "presumption of accuracy" is said to flow from s. 258(1)(g), whereas the "presumption of identity" is said to flow from s. 258(1)(c). With all due respect, I believe this interpretation to be incorrect. In fact, to invoke an argument that my colleague, himself, relies upon in his reasons, I believe that it defies the "plain wording" of the two provisions. Section 258(1)(g) reads:

trer qu'au moment de l'infraction reprochée, l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

Par contre, madame le juge Arbour s'est efforcée, dans sa dissidence, de distinguer ces deux arrêts d'avec les situations où, comme ici, il y a eu absorption d'alcool postérieurement à la conduite d'un véhicule. Elle a établi une distinction entre ce qu'elle appelle la «présomption d'exactitude» et la «présomption d'identité». Je vais maintenant me pencher sur cette question.

2. La «présomption d'exactitude» et la «présomption d'identité»

Selon madame le juge Arbour, la «présomption d'exactitude» se rapporte à la présomption suivant laquelle l'appareil servant à analyser l'haleine reflète correctement le taux réel d'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest. La «présomption d'identité», quant à elle, se rapporte à la présomption suivant laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest correspond à son alcoolémie au moment de l'infraction. En tenant pour acquis que les arrêts *Moreau* et *Crosthwait* établissent que seule une preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment où il était au volant était inférieure à 80 mg par 100 ml de sang est une «preuve contraire», on fait valoir que ces deux arrêts ne s'appliquent pas dans le cas où est remise en question non pas l'exactitude des résultats donnés d'un alcootest (soit la présomption d'exactitude), mais plutôt la présomption selon laquelle ces résultats reflètent l'alcoolémie au volant (soit la présomption d'identité).

On soutient que ces deux présomptions ne sont pas contradictoires puisqu'elles découlent de dispositions différentes du *Code*. La «présomption d'exactitude» découlerait de l'al. 258(1)(g), alors que la «présomption d'identité» découlerait de l'al. 258(1)(c). En toute déférence, j'estime que cette interprétation est incorrecte. En fait, pour reprendre un argument que mon collègue lui-même invoque dans son opinion, j'estime que cela va à l'encontre du «sens manifeste» des deux dispositions. L'alinéa 258(1)(g) dispose:

75

76

(g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [not in force]

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate; [Emphasis added.]

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient:

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons:

(A) [non en vigueur]

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui; [Je souligne.]

77 Section 258(1)(g), taken together with s. 25(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, is said to create a presumption that the reading registered on the breathalyzer is an accurate determination of the accused's blood alcohol level at the time of the testing. It is therefore concluded that the certificate is evidence proving the accused's actual blood alcohol level. My reading of s. 258(1)(g), however, is different. Section 258(1)(g) only deems "the facts alleged in the certificate" to represent, *inter alia*, the "results of the analyses so made" (s. 258(1)(g)(ii)) (emphasis added). For lack of a better term, I would refer to this presumption as the "presumption of the continuity of the evidence". This presumption is very different from the "presumption of accuracy", since the latter presumes that the results of the analysis are equal to the accused's actual blood alcohol level at the

L'alinéa 258(1)(g), dit-on, combiné au par. 25(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, crée une présomption selon laquelle l'alcootest indiquerait de façon exacte l'alcoolémie de l'accusé au moment où il est effectué. On en conclut donc que le certificat fait preuve de l'alcoolémie réelle de l'accusé. Pour ma part, j'interprète l'al. 258(1)(g) différemment. En effet, aux termes de cette disposition, les «faits allégués dans le certificat» sont uniquement réputés représenter, entre autres, les «résultats des analyses ainsi faites» (sous-al. 258(1)(g)(ii)) (je souligne). Faute d'une meilleure expression, je parlerais dans ce cas de «présomption de continuité de la preuve». Cette présomption est très différente de la présomption dite «d'exactitude», puisque cette dernière présume que les résultats de l'analyse correspondent à l'alcoolémie réelle de l'accusé au moment de l'al-

time of testing. There is no reference in s. 258(1)(g), however, to "actual blood alcohol level". Put another way, s. 258(1)(g) is nothing more than a documentary exception to the hearsay rule (see also *Martin's Annual Criminal Code* 1995, synopsis of s. 258). "Evidence to the contrary" of s. 258(1)(g) (pursuant to s. 25(1) of the *Interpretation Act*) would only be evidence that tends to show that the information in the certificate is not reflective of the actual results indicated by the breathalyzer (i.e. the technician who administered the test reported the machine's result to the accused as being 120 mg, and yet the certificate shows the accused's blood alcohol level as being 220 mg). With respect, the plain wording of s. 258(1)(g) simply does not support my colleague's explanation of its evidentiary effects.

Moreover, I believe that my interpretation of the evidentiary effect of s. 258(1)(c) is identical to that adopted by Pigeon J. for the Court in *Crosthwait*. Namely, Pigeon J. refused, at p. 1099, to find as an implicit condition of s. 237(1)(f) (now s. 258(1)(g)) a requirement that the breathalyzer instrument be shown to be working properly:

In the instant case, the certificate filed at the trial fully complies with the conditions stated in para. (f). It was, therefore, by itself, evidence of the results of the analyses. With respect, I cannot agree that there is another implicit condition namely, that the instrument used must be shown to have been functioning properly The presumption [that the breathalyzer result is accurate] may no doubt be rebutted by evidence that the instrument used was not functioning properly but the certificate cannot be rejected on that account. [Emphasis added.]

A requirement that the instrument be shown to be in working order is integral to the "presumption of accuracy". If that requirement is not implicit in s. 258(1)(g), then it follows that the "presumption of accuracy" cannot reside there either. Pigeon J. goes on at pp. 1100-1101 to conclude that where an accused is seeking to challenge the accuracy of the breathalyzer on the basis that the breathalyzer device was inaccurate, then this challenge must come within the rubric of "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) (then s. 237(1)(c)). I am

cootest. Or il n'est aucunement fait mention à l'al. 258(1)g de «l'alcoolémie réelle». En d'autres termes, l'al. 258(1)g n'est rien d'autre qu'une exception documentaire à la règle du oui-dire (voir également *Martin's Annual Criminal Code*, 1995, commentaire de l'art. 258). La «preuve contraire» de l'al. 258(1)g (suivant le par. 25(1) de la *Loi d'interprétation*) ne serait qu'une preuve tendant à démontrer que les renseignements contenus dans les certificats ne reflètent pas les résultats réels indiqués par l'alcootest (p. ex. le technicien qui l'a effectué dirait à l'accusé que l'appareil indiquait 120 mg alors que, d'après le certificat, son alcoolémie serait de 220 mg). Avec égards, le sens manifeste de l'al. 258(1)g ne supporte tout simplement pas l'explication de mon collègue quant aux effets de cette disposition en matière de preuve.

De plus, j'estime que mon interprétation de l'effet de l'al. 258(1)c en matière de preuve est identique à celle que le juge Pigeon a retenue au nom de la Cour dans l'arrêt *Crosthwait*. Plus précisément, le juge Pigeon a refusé, à la p. 1099, de considérer que l'al. 237(1)f) (l'actuel al. 258(1)g)) exigeait implicitement que soit démontré le bon fonctionnement de l'appareil utilisé:

En l'espèce, le certificat déposé au procès respecte entièrement les conditions énoncées à l'al. f). En lui-même il faisait donc preuve des résultats des analyses. Avec égards, je ne peux accepter qu'il existe une autre condition implicite savoir, qu'il faut démontrer que l'instrument utilisé fonctionnait bien [. . .] La présomption [voulant que le résultat de l'alcootest soit exact] peut sans doute être réfutée par la preuve du mauvais fonctionnement de l'instrument utilisé, mais le certificat ne peut être rejeté pour ce motif. [Je souligne.]

L'exigence d'une preuve établissant le bon état de fonctionnement de l'appareil est inhérente à la «présomption d'exactitude». Si cette exigence n'est pas implicite à l'al. 258(1)g), il s'ensuit que la «présomption d'exactitude» ne l'est pas davantage. Le juge Pigeon conclut, aux pp. 1100 et 1101, que lorsque l'accusé cherche à contester l'exactitude de l'alcootest en faisant valoir que l'appareil indique des résultats inexacts, cette contestation doit s'inscrire dans le cadre de la «preuve contraire» permise à l'al. 258(1)c) (alors l'al.

therefore in respectful disagreement with my colleague's conclusion as to the significance of *Crosthwait* to the present appeal.

An examination of s. 258(1)(c), by contrast, reveals it to be the source of both of Arbour J.A.'s presumptions. Section 258(1)(c) reads:

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

(i) [not in force]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses; [Emphasis added.]

Section 258(1)(c) presumes breathalyzer results taken at a later point in time to equal actual blood alcohol levels at the time of the offence. "Evidence to the contrary" of the presumption is evidence which will tend to negate either (1) the presumption that the breathalyzer result is an acceptably accurate indicator of the accused's blood alcohol

237(1)c)). Je suis donc, avec déférence, en désaccord avec la conclusion de mon collègue quant à l'importance de l'arrêt *Crosthwait* dans le présent pourvoi.

En revanche, l'al. 258(1)c) se révèle, à l'examen, être la source des deux présomptions que retient madame le juge Arbour. L'alinéa 258(1)c) dispose:

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies:

(i) [non en vigueur]

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié; [Je souligne.]

Aux termes de cet alinéa, les résultats de l'alcootest effectué à un moment ultérieur sont présumés correspondre aux taux réels d'alcoolémie au moment de l'infraction. Une «preuve contraire» à la présomption est une preuve qui tendra à réfuter soit (1) la présomption selon laquelle le résultat de l'alcootest est une indication, dont l'exactitude est

level at the time of the test; or (2) the presumption that the accused's blood alcohol level at the time of the test is acceptably representative of his blood alcohol level at the time of the offence. The failure of either of these links breaks the logical chain and removes from the Crown the comfort and convenience of relying on the presumption. Both of these logical links are contained within s. 258(1)(c).

I therefore conclude, on the basis of my examination of both the plain wording of s. 258(1)(c) and (g) and this Court's ruling in *Crosthwait*, that both the "presumption of accuracy" and the "presumption of identity" actually flow from the same provision: s. 258(1)(c). Given that both presumptions actually relate to the same phrase in the same provision in the *Code*, I am most unconvinced that it is still tenable to conclude that "evidence to the contrary" can give rise to two completely different legal standards of proof in relation to the same charge.

3. *The Plain Language of s. 258(1)(c)*

The appellant argues that s. 258(1)(c) makes no mention of a requirement that the accused must show that he was not over .08 for the presumption not to apply, and that this Court should reject Galligan J.A.'s interpretation of "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) on the basis that it is not supported by the plain wording of that provision. It is further submitted that the plain meaning of s. 258(1)(c) requires only that an accused adduce evidence that there is a difference, of no particular magnitude, between the accused's blood alcohol level at the time of testing and at the time of the offence. At the same time, the authority of this Court's decisions in *Moreau* and *Crosthwait* is accepted for the proposition that challenges to the "presumption of accuracy" will only be "evidence to the contrary" if they are capable of demonstrating that the accused's blood level could have been below the legal limit.

I am unable to reconcile such inconsistency between the "presumption of accuracy" and the

acceptable, de l'alcoolémie de l'accusé au moment il est effectué; soit (2) la présomption selon laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest est une indication acceptable de son alcoolémie au moment de l'infraction. L'absence de l'un ou l'autre de ces liens brise la chaîne logique et empêche le ministère public de jouir du privilège de la présomption. Ces liens logiques se retrouvent tous deux à l'al. 258(1)(c).

Me fondant tant sur le sens manifeste des al. 258(1)(c) et g) que sur l'arrêt *Crosthwait* de notre Cour, je conclus donc que «la présomption d'exactitude» et la «présomption d'identité» découlent en réalité de la même disposition: l'al. 258(1)(c). Étant donné que les deux présomptions se rapportent de fait à la même expression de la même disposition du *Code*, je suis loin d'être convaincue qu'il soit encore possible de soutenir qu'une «preuve contraire» peut donner lieu à l'application de deux normes juridiques de preuve entièrement différentes relativement à la même accusation.

3. *Le sens manifeste de l'al. 258(1)(c)*

L'appelante soutient que l'al. 258(1)(c) ne fait aucunement mention de l'obligation pour l'accusé d'établir que son alcoolémie ne dépassait pas 0,08 pour éviter l'application de la présomption, et que notre Cour devrait rejeter l'interprétation que le juge Galligan de la Cour d'appel donne à l'expression «preuve contraire» de l'al. 258(1)(c), au motif qu'elle ne correspond pas au sens manifeste de cette disposition. Elle prétend, de plus, que l'accusé n'a, d'après le sens manifeste de l'al. 258(1)(c), qu'à présenter la preuve de l'existence d'une différence, sans amplitude particulière, entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie au moment de l'infraction. Du même souffle, elle reconnaît que les arrêts *Moreau* et *Crosthwait* de notre Cour font jurisprudence sur le point suivant, soit que les tentatives de réfutation de la «présomption d'exactitude» ne constitueraient une «preuve contraire» que si elles parvenaient à établir que l'alcoolémie de l'accusé aurait pu être inférieure à la limite prévue par la loi.

Je ne puis concilier pareille contradiction entre la «présomption d'exactitude» et la «présomption

80

81

82

“presumption of identity”, given that they both flow from the same phrase in the same provision. How can one conclude that the plain meaning of s. 258(1)(c) must prevail in the context of the “presumption of identity” and yet that it need not prevail with respect to the “presumption of accuracy”? On the “plain meaning” of s. 258(1)(c), evidence indicating that the particular breathalyzer test was inaccurate (i.e. rebutting the “presumption of accuracy”) is just as “contrary” to the presumption set out in s. 258(1)(c) as evidence “of no particular magnitude” rebutting the “presumption of identity”. On a consistent reading, evidence of either event should disentitle the Crown from relying on that presumption. Yet this Court in *Crosthwait* effectively rejected one possible interpretation of s. 258(1)(c) — the “plain meaning” approach advocated by the appellant — and adopted an interpretation that was more consistent with the spirit of the law, having regard to the mischief which the legislation was intended to address, as well as with the spirit and purpose of the presumption.

d’identité», étant donné qu’elles découlent toutes deux de la même expression employée dans la même disposition. Comment peut-on conclure que le sens manifeste de l’al. 258(1)c) doive prévaloir dans le contexte de la «présomption d’identité», mais qu’il n’en est rien dans le cas de la «présomption d’exactitude»? D’après le sens manifeste de l’al. 258(1)c), la preuve indiquant qu’un alcootest donné était inexact (c’est-à-dire permettant de réfuter la «présomption d’exactitude») est tout aussi «contraire» à la présomption établie à l’al. 258(1)c) que la preuve «sans amplitude particulière» permettant de réfuter la «présomption d’identité». En toute cohérence, la preuve de l’un ou l’autre de ces éléments devrait empêcher le ministère public d’invoquer cette présomption. Notre Cour, cependant, dans l’arrêt *Crosthwait*, a effectivement rejeté une interprétation possible de l’al. 258(1)c) — celle du «sens manifeste» que préconise l’appelante — pour retenir une interprétation plus compatible avec l’esprit de la loi, eu égard au problème que la loi visait à corriger, ainsi qu’à l’esprit et l’objet de la présomption.

83

I believe that the distinction between the “presumption of identity” and the “presumption of accuracy” is artificial and unnecessary, given that both spring from the identical phrase in the identical provision in the *Code*. This Court should either explicitly overrule *Moreau* and *Crosthwait*, and apply the same “plain language” standard across the board, or recognize that they are still good law and apply them to the case at hand. To accept one standard for the former presumption and another, higher standard for the latter presumption is needlessly confusing. I believe, moreover, that effect can be given to an equally viable “plain meaning” interpretation of s. 258(1)(c) that uses a single legal standard for all circumstances, and that is completely consistent with both *Moreau* and *Crosthwait*. I will elaborate below on why I prefer to define “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) as evidence which tends to show that there is a legally material difference between the accused’s blood alcohol level at the time of testing and at the time of the offence. What is legally material will, in turn, depend on the charge in relation to which

J’estime que la distinction entre la «présomption d’identité» et la «présomption d’exactitude» est artificielle et inutile, étant donné que toutes deux découlent de la même expression figurant dans la même disposition du *Code*. Notre Cour devrait soit infirmer explicitement les arrêts *Moreau* et *Crosthwait*, et appliquer uniformément la même norme du «langage ordinaire», soit reconnaître qu’ils sont toujours juridiquement valables et les appliquer à la présente instance. Convenir d’une norme pour la première présomption et d’une autre, plus rigoureuse, pour la dernière prête inutilement à confusion. J’estime, de plus, qu’il est possible d’adopter une interprétation également viable de l’al. 258(1)c) fondée sur son «sens manifeste», qui fasse appel à une norme juridique unique en toutes circonstances et entièrement compatible avec les arrêts *Moreau* et *Crosthwait*. J’expliciterai plus loin les raisons pour lesquelles je préfère définir l’expression «preuve contraire» de l’al. 258(1)c) comme une preuve susceptible de démontrer qu’il existe une différence pertinente en droit entre l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’al-

the Crown seeks to invoke the benefit of the presumption in s. 258(1)(c).

4. *Requiring Legal Materiality to Avoid Clear Absurdities*

"Plain meaning" must not be used as an end in itself, particularly where it inevitably leads to absurd results which must be inconsistent with what Parliament would have intended. The thoughts of Justice Shamgar, President of the Supreme Court of Israel (as reproduced in *Selected Judgments of the Supreme Court of Israel*, vol. VIII (1992), at p. 263) strike me as particularly insightful:

... language does not govern the purpose, rather it serves it. The law is an instrument for realizing legal policy, and therefore interpretation needs to aim toward emancipating the wording from its semantic bonds, were these to distance it from the legislative purpose which the words are intended to realize.

"Under a purposive approach, the court defers to the legislature not by decoding its language but by ensuring that its plans are carried out": *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 35. The absurdity that flows from a "plain meaning" approach to s. 258(1)(c) is borne out in several possible contexts, all of which strongly suggest that a narrow interpretation of the wording of s. 258(1)(c) distances us from the legislative purpose and intent rather than bringing us closer.

There are four basic means by which an accused may seek to adduce "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c):

1. Evidence that the breathalyzer machine's results were in error and that a proper result would have been less than 80 mg of alcohol in 100 ml of blood;
2. the "Carter defence" — i.e. the accused disputes the accuracy of the breathalyzer reading on the basis of what he or she had to

cootest et son alcoolémie au moment de l'infraction. Cette pertinence sera fonction de l'accusation à l'égard de laquelle le ministère public cherche à invoquer le bénéfice de la présomption établie à l'al. 258(1)c).

4. *La nécessité d'exiger la pertinence en droit afin d'éviter des absurdités manifestes*

Le recours au «sens manifeste» ne doit pas être une fin en soi, surtout s'il conduit inévitablement à des résultats absurdes qui ne sauraient être compatibles avec ce que le Parlement avait en vue. Les réflexions du juge Shamgar, président de la Cour suprême d'Israël (reproduites dans *Selected Judgments of the Supreme Court of Israel*, vol. VIII (1992), à la p. 263) me paraissent particulièrement éclairantes:

[TRADUCTION] ... le langage ne détermine pas l'objet, il est à son service. La loi est l'instrument par lequel s'incarne la politique juridique et, partant, son interprétation doit tendre à émanciper les mots de leurs liens sémantiques dans le cas où ceux-ci les éloigneraient de l'objet législatif qu'ils sont censés incarner.

[TRADUCTION] «Suivant la méthode téléologique, le tribunal s'incline devant le législateur non pas en décodant son langage mais en faisant en sorte que ses objectifs soient atteints»: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 35. Or, l'absurdité qui découle de l'interprétation fondée sur le «sens manifeste» de l'al. 258(1)c) se confirme dans plusieurs contextes possibles, qui tous suggèrent fortement qu'une interprétation étroite du texte de l'al. 258(1)c) nous éloigne du but poursuivi par le législateur et de son intention au lieu de nous en rapprocher.

Il y a quatre principaux moyens par lesquels l'accusé peut chercher à présenter une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c):

1. Une preuve établissant que les résultats de l'alcootest étaient erronés et qu'ils auraient dû indiquer moins de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang;
2. La «défense Carter» — l'accusé conteste l'exactitude des résultats de l'alcootest en se fondant sur ce qu'il a bu avant de conduire

drink prior to driving (usually combined with evidence of a forensic toxicologist);

3. the "last drink" defence — i.e. the accused alleges that his or her pattern of alcohol consumption was such that the blood alcohol concentration was still rising at the time he or she was driving and that it had not yet exceeded 80 mg in 100 ml of blood;
4. the "drinking after driving" defence — i.e. the accused alleges that he or she consumed alcohol after driving but before the samples were taken.

(See S. Porter, "Evidence to the Contrary" in *Drinking and Driving Cases* (1994), 5 *J.M.V.L.* 277, at pp. 278-79.) Questions going to the "presumption of identity" arise in the third and fourth instances. If this Court were to accept the appellant's suggested approach to the presumption in s. 258(1)(c), then it would suffice in the fourth instance for an accused to adduce credible evidence of any amount of post-driving drinking, no matter how little, in order to rebut the presumption. As such, if it is credibly asserted that a 200-pound man who has blown twice the legal limit on the breathalyzer test had consumed half a beer after driving but before taking the breathalyzer, a court would have to find that evidence of this consumption of alcohol is "evidence to the contrary" of the presumption contained in s. 258(1)(c), and would have to conclude that the Crown can no longer rely on that presumption. The same result would inure, for that matter, if an individual testified to having taken even a single swallow from a flask in his pocket. The Crown would then have to undertake the time and expense of calling an expert toxicologist to testify to the fact that the effect of the minimal quantity of alcohol consumed after driving would not have been significant enough, given the accused's sex, weight and size, to raise a possibility that the accused's blood alcohol would have been under the legal limit were it not for the additional alcohol. All of this extra time and expense would be precipitated by evidence which an accused need not even show is capable of being legally material to the outcome of the charge.

(habituellement combinée au témoignage d'un toxicologue judiciaire);

3. La défense du «dernier verre» — l'accusé allègue que vu la façon dont il a consommé l'alcool, son alcoolémie était toujours en hausse au moment où il conduisait et qu'elle n'avait pas encore dépassé 80 mg par 100 ml de sang;
4. La défense «du verre après avoir conduit» — l'accusé allègue qu'il a consommé de l'alcool après avoir conduit mais avant le prélèvement des échantillons.

(Voir S. Porter, "Evidence to the Contrary" in *Drinking and Driving Cases* (1994), 5 *J.M.V.L.* 277, aux pp. 278 et 279.) Les troisième et quatrième moyens soulèvent des questions se rapportant à la «présomption d'identité». Si notre Cour devait accepter le point de vue de l'appelante quant à la présomption de l'al. 258(1)c), il suffirait dans le quatrième cas que l'accusé présente une preuve crédible d'absorption d'alcool après avoir été au volant, aussi minime soit-elle, afin de réfuter la présomption. Ainsi, s'il est établi de façon crédible qu'un homme de 200 livres, dont l'alcootest indique qu'il a dépassé deux fois la limite prévue par la loi, a bu la moitié d'une bière après avoir conduit mais avant de subir l'alcootest, le tribunal devrait estimer que la preuve de cette consommation d'alcool est une «preuve contraire» à la présomption établie à l'al. 258(1)c), et conclure que le ministère public ne peut plus en invoquer le bénéfice. Le résultat serait le même si le témoin affirmait avoir pris ne fût-ce qu'une seule gorgée d'un flasque dans sa poche. Le ministère public devrait alors consacrer temps et argent pour faire témoigner un toxicologue afin de démontrer que l'effet de l'absorption d'une quantité minimale d'alcool postérieurement à la conduite de son véhicule n'aurait pas été suffisant, vu le sexe, le poids et la taille de l'accusé, pour soulever la possibilité que son alcoolémie ait été, sans cette consommation additionnelle, inférieure à la limite prévue par la loi. Tous ces frais supplémentaires en temps et en argent seraient requis par une preuve dont l'accusé n'a même pas besoin d'établir qu'elle est susceptible d'être pertinente en droit quant au sort de l'accusation.

Even more absurd, however, is the application of the appellant's suggested approach to the third type of defence mentioned above — the "last drink" defence. As I understand the implications of that approach, an accused need only adduce evidence of having consumed one or several drinks in rapid succession immediately before embarking in his vehicle in order to rebut the presumption in s. 258(1)(c). No expert evidence would be necessary. This conclusion flows irrevocably from two premises: (1) the fact that judicial notice can be taken of the basic fact that alcohol consumption will, over time, raise blood alcohol level (see *Batley v. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257 (Sask. C.A.)) and (2) the fact that the "presumption of identity" would be rebutted by any credible evidence (other than evidence about the normal fluctuations involved in metabolizing alcohol) which tends to show that the breathalyzer result may be unrepresentative of the accused's blood alcohol level at the time of the offence.

In fact, in such cases, it would be to the accused's benefit not to adduce expert evidence, since the Crown would inevitably cross-examine that expert and, should it turn out that in the expert's opinion, the amount of alcohol consumed was incapable of lowering the accused's blood alcohol level below the legal limit, then the Crown could use the expert's evidence to overcome the fact that it cannot rely on the presumption in s. 258(1)(c). If, on the other hand, an accused simply shows up with witnesses willing to support his story of recent alcohol consumption, then the Crown will face three alternatives: (1) it can try to find its own expert toxicologist who is available to testify on the spur of the moment; (2) it can ask for an adjournment in order to obtain this expert at a later date; or (3) it can withdraw the charges. Both the first and second alternatives are costly and time-consuming. The third alternative will be an all-too-easy escape route for Crowns whose dockets are already filled to overflowing with drinking and driving cases.

Moreover, as I have already mentioned, preserving the distinction between the "presumption of accuracy" and the "presumption of identity" would

Plus absurde encore, toutefois, est l'application du point de vue de l'appelante au troisième type de défense mentionné précédemment — la défense du «dernier verre». Si je ne m'abuse, cette démarche implique que l'accusé n'a qu'à faire la preuve qu'il a consommé un ou plusieurs verres rapidement et successivement immédiatement avant de monter dans son véhicule pour réfuter la présomption de l'al. 258(1)c). Aucun témoignage d'expert ne serait nécessaire. Cette conclusion découlerait inéluctablement de deux prémisses: (1) la connaissance d'office par le tribunal du fait fondamental que la consommation d'alcool fera, avec le temps, monter l'alcoolémie (voir *Batley c. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257 (C.A. Sask.)), et (2) le fait que la «présomption d'identité» serait réfutée par toute preuve crédible (autre qu'une preuve des fluctuations normales résultant du fait de métaboliser l'alcool) tendant à démontrer la possibilité que le résultat de l'alcootest ne soit pas représentatif de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction.

En pareils cas, il serait en fait à l'avantage de l'accusé de ne pas présenter de témoignage d'expert, étant donné que le ministère public contre-interrogerait inévitablement cet expert. Si, de l'avis de celui-ci, le volume d'alcool absorbé n'était pas susceptible de ramener l'alcoolémie de l'accusé sous la limite prévue par la loi, le ministère public pourrait alors utiliser ce témoignage pour obvier à l'impossibilité d'invoquer la présomption de l'al. 258(1)c). Si, en revanche, l'accusé se présente simplement avec des témoins prêts à appuyer ses dires au sujet de sa consommation récente d'alcool, le ministère public aura alors trois choix: (1) il peut tenter de trouver son propre expert toxicologue prêt à témoigner au pied levé; (2) il peut demander un ajournement afin d'avoir cet expert ultérieurement; ou (3) il peut retirer les accusations. Les deux premiers choix sont coûteux en temps et en argent. Quant au troisième, il constituera une échappatoire trop facile pour les procureurs dont les rôles sont déjà remplis à craquer de causes relatives à l'alcool au volant.

De plus, comme je l'ai noté précédemment, préserver la distinction entre la «présomption d'exactitude» et la «présomption d'identité» mènerait à

result in different standards as to what constituted "evidence to the contrary" stemming from the very same provision of the *Code*. If an accused were to allege that the particular breathalyzer test was improperly administered and therefore materially inaccurate, then he must provide evidence capable of raising a reasonable doubt that his blood level was below the legal limit at the time of the offence. If, on the other hand, he were to invoke the "last drink defence" or the "drinking after driving defence", then there would be no obligation on him to show that this evidence, if believed, was capable of raising a reasonable doubt that he was under the legal limit at the time of the offence. If he were to raise both defences, then the trial court would have to wrestle with two completely different evidentiary standards in relation to the same provision and the same charge. Such an implication strikes me as highly incongruous. Surely this is an untenable approach, which could not possibly have been intended by Parliament.

l'adoption de normes différentes pour apprécier ce qui constitue une «preuve contraire» à partir d'une seule et même disposition du *Code*. Si l'accusé allègue qu'un alcootest en particulier n'a pas été correctement effectué et qu'il était donc inexact dans une proportion importante, il doit fournir une preuve susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si son alcoolémie était inférieure à la limite prévue par la loi au moment de l'infraction. Si, par contre, il devait invoquer la «défense du dernier verre» ou la «défense du verre après avoir conduit», il n'aurait alors aucune obligation d'établir que cette preuve, si elle est acceptée, est susceptible de soulever un doute raisonnable quant à savoir si son alcoolémie était inférieure à la limite prévue par la loi au moment de l'infraction. S'il soulevait les deux moyens de défense, le tribunal serait alors aux prises avec deux normes de preuve complètement différentes relativement à la même disposition et à la même accusation. Ce résultat m'apparaît particulièrement incongru. À mon sens, il s'agit là d'une conception insoutenable qui n'a pu être celle du législateur.

I believe that we need not even look beyond the confines of the present appeal to find absurdities in the interpretation suggested by the appellant. At the close of the Crown's case, the trial judge remarked upon the fact that he was acquitting the appellant even though he was fully aware of the fact that the alcohol which the appellant claimed to have consumed would not have affected her blood alcohol concentration enough to raise a doubt that it was below the legal limit at the time of the offence:

J'estime qu'il n'est nul besoin d'aller au-delà du présent pourvoi pour se rendre compte des absurdités auxquelles mène l'interprétation avancée par l'appelante. À la clôture de la preuve du ministère public, le juge du procès a fait remarquer qu'il acquittait l'appelante tout en étant pleinement conscient que l'alcool qu'elle affirmait avoir absorbé n'aurait pas modifié suffisamment son alcoolémie pour soulever un doute quant à savoir si celle-ci était inférieure à la limite prévue par la loi au moment de l'infraction:

Maybe I am misunderstanding something but the Crown has adduced evidence in this case that empty alcohol bottles were found on Mrs. St. Pierre's person and the Crown sought to introduce a statement made by her that she had consumed alcohol from those bottles after driving, and before giving the tests.

[TRADUCTION] Si je ne m'abuse, le ministère public a présenté en l'espèce une preuve selon laquelle des bouteilles d'alcool vides ont été trouvées sur la personne de Mme St. Pierre et il a demandé à produire une déclaration dont elle est l'auteur et d'après laquelle elle avait consommé l'alcool contenu dans ces bouteilles après avoir conduit, mais avant de subir les alcootests.

And in the absence of a forensic toxicologist, who could tell me that 100 millilitres of vodka, rum, or any standard alcohol would not reduce 180 milligrams percent to

Et en l'absence d'un toxicologue judiciaire, qui pourrait me dire que 100 millilitres de vodka, de rhum ou de tout autre alcool ordinaire ne permettrait pas de réduire un

below 80 milligrams percent? I mean, we both know that as a matter of reality, but I do not know that judicially. [Emphasis added.]

Imposing a burden on the Crown to adduce expert toxicological evidence in circumstances where, practically speaking, there is not even an air of reality to the accused's defence seems clearly at odds with the mischief that Parliament meant to address by way of this presumption. More significantly, it seems clearly at odds with the way in which we generally treat evidentiary onuses on an accused to permit such an onus to be displaced by evidence that is actually legally immaterial to the outcome.

Parliament enacted the presumption in s. 258(1)(c) in clear recognition of the difficulty and expense of requiring expert evidence in virtually every alcohol-related driving offence. In Canada in 1992 alone, police recorded 132,377 impaired driving incidents, of which 105,766 persons were charged with impaired driving related offences: "Impaired Driving — Canada, 1992" (1994), 14:5 *Juristat* 1. The enormous burden on our court system posed by these offences must be appreciated. The presumption in s. 258(1)(c) is an important means by which Parliament has sought to address this problem. The presumption strikes a fair balance between collective and individual interests by permitting the efficient and effective enforcement of impaired driving laws in a way that does not in any material sense prejudice the right of individual accused to a full and fair trial. I therefore cannot accept that Parliament could have intended this presumption to be suspended in every case where the accused invokes either the "last drink" defence or the "post-driving drinking" defence, where there is not even an iota of proof to suggest that the discrepancy occasioned by the alcohol consumption would be of any legal relevance to conviction or acquittal on a charge of "over 80", and where the only effect in the vast majority of cases is to increase the time and expense of successful prosecution. To adopt the approach suggested by the

taux de 180 milligrammes pour 100 à moins de 80 milligrammes pour 100? Je veux dire, nous le savons tous deux dans les faits, mais je n'en ai pas une connaissance judiciaire. [Je souligne.]

Imposer au ministère public la charge de présenter une expertise toxicologique dans des circonstances où, en pratique, la défense de l'accusé n'a même pas une apparence de réalité, semble manifestement contraire à la réforme que le législateur voulait introduire au moyen de la présomption. Plus important encore, il semble manifestement contraire à la façon dont on considère généralement le fardeau de preuve incombant à l'accusé que de lui permettre de déplacer ainsi ce fardeau par une preuve dépourvue, dans la réalité, de pertinence en droit quant au résultat.

Le législateur a édicté la présomption de l'al. 258(1)(c) après avoir clairement reconnu les difficultés et les frais qu'entraînait l'obligation de recourir à des témoignages d'experts dans pratiquement tous les cas d'infractions liées à l'alcool au volant. Au Canada, pour la seule année 1992, la police a enregistré 132 377 incidents de conduite avec facultés affaiblies, entraînant des accusations contre 105 766 personnes: «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1992» (1994), 14:5 *Juristat* 1. L'énorme fardeau que ces infractions imposent à notre système judiciaire ne saurait être sous-estimé. La présomption de l'al. 258(1)(c) est un important moyen par lequel le législateur a cherché à régler ce problème. La présomption établit un juste équilibre entre les droits collectifs et individuels en permettant l'application efficace des lois relatives à la conduite avec facultés affaiblies d'une manière qui ne porte pas atteinte de manière significative au droit des accusés à un procès juste et équitable. Je ne saurais donc accepter que le législateur ait pu vouloir que cette présomption soit suspendue chaque fois que l'accusé invoque la défense du «dernier verre» ou celle du «verre après avoir conduit» lorsqu'il n'y a pas la moindre preuve autorisant à penser que l'écart engendré par l'absorption d'alcool serait d'une quelconque pertinence en droit quant à une déclaration de culpabilité ou à un acquittement à l'égard d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», et lorsque cela a, dans l'immense majorité

appellant would be to disregard that clear intention.

des cas, pour seul effet d'accroître le temps et les frais nécessaires à la réussite d'une poursuite. Adopter le point de vue de l'appelante serait faire fi de cette intention manifeste.

If ever a case existed for rejecting a tightly tailored "plain meaning" approach in the face of consequences that are both absurd and contrary to the spirit and purpose of the law, it is raised in the present appeal. Of course, it is not for a court to second-guess the wisdom of the legislature since, subject to constitutional constraints, the legislature is entitled to legislate irrationally if it so chooses. Nonetheless, this Court should not adopt an interpretation of s. 258(1)(c) that would lead to absurd consequences when the mischief intended to be addressed is so poignantly clear (see *Driedger, supra*, at pp. 80-99). The wording of the provision, while not a model of clarity, can be reasonably and purposively interpreted when placed within its proper context. Parliament could not have intended to be more lenient toward individual drivers who, intentionally or not, act in such a way as to defeat the very purpose of the scheme intended by Parliament to regulate their potentially dangerous behaviour.

S'il existe un cas où l'on doit rejeter une conception étriquée du «sens manifeste» devant des conséquences à la fois absurdes et contraires à l'objet et à l'esprit de la loi, c'est bien celui du présent pourvoi. Bien sûr, il n'appartient pas au tribunal de remettre en question la sagesse du législateur, puisqu'il lui est loisible, sous réserve des contraintes constitutionnelles, de légiférer de façon irrationnelle si tel est son bon vouloir. Néanmoins, notre Cour ne devrait pas adopter une interprétation de l'al. 258(1)c) qui entraînerait des conséquences absurdes lorsque le problème qu'on veut corriger est d'une clarté aussi criante (voir *Driedger, op. cit.*, aux pp. 80 à 99). Bien que le texte de la disposition ne soit pas un modèle de limpidité, il est possible de lui conférer une interprétation raisonnable et fondée sur l'objet visé en la replaçant dans son contexte. Le législateur n'a pu avoir l'intention d'être plus indulgent envers les conducteurs qui, intentionnellement ou non, agissent de manière à contrecarrer l'objet même du régime par lequel le Parlement entendait réglementer leur conduite potentiellement dangereuse.

This Court has on previous occasions eschewed reliance on the "plain meaning" of provisions in the *Criminal Code* in instances where adopting that interpretation would frustrate Parliamentary intent in an absurd and obviously unintended manner. It would be breaking no new ground to adopt a similar position in the present case.

Notre Cour a, dans des arrêts antérieurs, évité de s'en remettre au «sens manifeste» de dispositions du *Code criminel* lorsqu'une telle interprétation aurait contrecarré l'intention du législateur d'une manière absurde et manifestement non voulue. Ce n'est donc pas faire preuve d'innovation que d'adopter ici une position similaire.

In *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3, this Court was called upon to interpret the meaning of former s. 586 of the *Code*, which imposed a corroboration requirement on unsworn children's evidence. The plain meaning of that section appeared to require that the corroborative evidence must, itself, implicate the accused. Wilson J., speaking for the Court, rejected this interpretation, notwithstanding the fact that it flowed from the plain meaning of the provision. She turned to a purposive analysis of s. 586 and interpreted the provision "liberally" to mean that the only evidence required was evidence

Dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3, la Cour était appelée à interpréter le sens de l'ancien art. 586 du *Code*, lequel exigeait la corroboration du témoignage d'un enfant non rendu sous serment. Le sens manifeste de cette disposition paraissait exiger que la preuve corroborante elle-même implique l'accusé. Le juge Wilson, au nom de la Cour, a rejeté cette interprétation même si elle découlait du sens manifeste de la disposition. Recourant à une analyse fondée sur l'objet, elle a interprété l'art. 586 «de façon libérale», soit que la seule preuve requise était une preuve qui tendait à

that tended to demonstrate the truth of the child's story (at pp. 28-29). In the face of a "plain meaning" reading that seemed to defy both common sense and the purpose and intent of the legislation, this Court adopted an interpretation that was consistent with the mischief Parliament sought to avoid and yet that did not render the accused's trial unfair.

In *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, this Court was asked to clarify whether former s. 234(1) of the *Code*, which made it an offence to assume care or control of a motor vehicle while impaired, could operate in an instance where the accused claimed to be so intoxicated that he recalled nothing of the events. Arguably, the ordinary meaning of "care and control" within its immediate context would dictate the conclusion that an individual cannot have care or control if they are too drunk to have such a capability. McLachlin J. rejected such an approach in the following terms (at pp. 899-900):

Impairment being an essential element of the crime, it is illogical and contradictory to suppose that Parliament intended that its express aim of making such impairment criminal should be defeated by an unexpressed implication of law that the same impairment may provide an effective defence.

Failure to recognize the inherent contradiction involved in the proposition that an essential element of an offence may also be a defence leads to absurdity. It leads, for example, to the conclusion that the more impaired a person is, the more likely he or she is to be acquitted of the offence of impaired driving. That a person should be too impaired to be convicted of impaired driving strikes most people as ridiculous. It represents, in short, a contradiction in terms.

I query whether it would not also strike most people as ridiculous that a person who claims to have consumed alcohol in the police station before submitting herself to a breathalyzer test should be able

démontrer la véracité de la version de l'enfant (aux pp. 28 et 29). Devant une interprétation se réclamant du «sens manifeste» qui semblait défier à la fois le bon sens et l'esprit du texte législatif, notre Cour a donc adopté une interprétation compatible avec la situation que le législateur cherchait à réformer tout en ne rendant pas inéquitable le procès de l'accusé.

Dans l'arrêt *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, la Cour devait clarifier la question de savoir si l'ancien par. 234(1) du *Code*, qui définit l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies, pouvait s'appliquer dans un cas où l'accusé affirmait être intoxiqué au point de ne plus avoir aucun souvenir des événements. On pouvait soutenir, en effet, que d'après le sens manifeste de l'expression «la garde et le contrôle» dans son contexte immédiat, une personne ne peut avoir la garde ou le contrôle si elle est trop ivre pour en avoir la capacité. Le juge McLachlin a rejeté cette interprétation dans les termes suivants (aux pp. 899-900):

L'affaiblissement des facultés étant un élément essentiel du crime, il serait illogique et contradictoire de supposer que le législateur a voulu que son but exprès de rendre criminel cet affaiblissement des facultés puisse être contrecarré par une règle inexprimée de droit suivant laquelle ce même affaiblissement des facultés peut servir de moyen de défense efficace.

Ne pas reconnaître la contradiction intrinsèque qu'il y a à soutenir qu'un élément essentiel de l'infraction peut aussi servir de moyen de défense aboutit à l'absurdité. Cela mène, par exemple, à la conclusion que plus une personne a les facultés affaiblies, plus il est probable qu'elle sera acquittée relativement à l'infraction d'avoir conduit avec les facultés affaiblies. Qu'une personne puisse avoir les facultés trop affaiblies pour être reconnue coupable de conduite avec facultés affaiblies, voilà une proposition qui paraît ridicule aux yeux de la plupart des gens. Bref, il y a contradiction dans les termes.

Je me demande s'il ne paraîtrait pas également ridicule aux yeux de la plupart des gens qu'une personne qui affirme avoir consommé de l'alcool au poste de police avant de se soumettre à l'alcoo-

to rely on that evidence, without taking any steps to show its legal materiality, as a defence to a charge of driving "over 80", requiring the Crown to adduce the expert evidence of a forensic toxicologist or to proceed upon the less precise charge of impaired driving.

test puisse invoquer cette preuve, sans avoir à en démontrer la pertinence en droit, comme moyen de défense à une infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», obligeant ainsi le ministère public à avoir recours à un expert toxicologue ou à poursuivre sous l'accusation moins précise de conduite avec facultés affaiblies.

95

Most recently, in *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, Gonthier J., dissenting, declined to follow the ordinary meaning of the word "loiter", as it was used in s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*. Rather, having regard to the legislative history, the context, and the purpose of the legislation — which was to protect children against the material risk of recidivism in those convicted of sexual assaults — he concluded that "loiter" must include some element of malevolent or ulterior purpose. His reading of this term permitted him to find that s. 179(1)(b) did not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, le juge Gonthier, dissident, a refusé de s'en tenir au sens manifeste du mot «flâner» utilisé à l'al. 179(1)b) du *Code criminel*. Ayant examiné l'évolution législative, le contexte et l'objet du texte — qui était de protéger les enfants contre le risque important de récidive dans les cas d'agressions sexuelles —, il a conclu que le mot «flâner» devait comporter l'idée d'un but malveillant ou inavoué. Son interprétation lui a permis de conclure que l'al. 179(1)b) ne violait pas la *Charte canadienne des droits et libertés*.

96

I would note, as well, that references in s. 258(1)(c) to actual blood alcohol levels, although legally irrelevant for the purposes of conviction on an "over 80" charge, can nonetheless have meaningful sentencing implications with respect to such prosecutions. If there were no legislative presumption that properly administered breathalyzer results were retroactively accurate to the time of the offence, or if s. 258(1)(c) only presumed the breathalyzer result to be sufficiently accurate to determine that the accused was over the legal limit, then it would follow that the Crown could not point to extremely high levels of intoxication as an aggravating factor in sentencing unless it first adduced expert evidence to prove the accuracy of the breathalyzer result as a measure of the accused's alcohol level at the time of the offence. Requiring such expert evidence, however, would be both time-consuming and costly, and would once again frustrate the very mischief that Parliament sought to avoid by way of the presumption in the first place. I think that this is a pertinent consideration, however, which may partly explain why Parliament chose to formulate this presumption in terms of actual blood alcohol levels rather than in terms of whether the accused was presumably over

Je souligne également que, bien qu'elles ne soient pas pertinentes en droit aux fins d'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», les références à l'alcoolémie réelle qu'on trouve à l'al. 258(1)c) peuvent néanmoins avoir une importance significative quant à la détermination de la peine applicable à ce type de poursuite. S'il n'existait aucune présomption législative établissant que les résultats d'un alcootest correctement effectué étaient rétroactivement exacts au moment de l'infraction, ou si l'al. 258(1)c) présumait seulement que le résultat de l'alcootest était suffisamment exact pour déterminer que l'alcoolémie de l'accusé dépassait la limite prévue par la loi, il s'ensuivrait que le ministère public ne pourrait pas invoquer un niveau extrêmement élevé d'intoxication comme facteur aggravant dans la détermination de la peine, à moins d'avoir d'abord eu recours au témoignage d'un expert afin de prouver l'exactitude de l'alcootest comme mesure de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction. Exiger une telle expertise, toutefois, serait coûteux en temps et en argent et, encore une fois, empêcherait de confronter le problème que le Parlement cherchait à corriger au départ en ayant

or under the legally prescribed limit. A preferable approach, in my view, would be to acknowledge that although a discrepancy may not be legally material to conviction, it may nonetheless be a legitimate consideration at the sentencing stage.

As such, in respect of a charge of "over 80" under s. 253(b) of the *Code*, I approve the reasoning of Galligan J.A., speaking for the majority of the Ontario Court of Appeal, at p. 230:

The offence created by s. 253(b) is driving with a blood alcohol concentration of more than 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. A conviction will result if the concentration is over 80 and an acquittal if it is not. There is no obligation to establish the precise amount above 80 in order to prove the offence. So long as the concentration is over 80, the offence is established and it is legally immaterial, for purposes of conviction by how much the offence exceeds 80. Thus, so long as it is over 80, the exact concentration is legally immaterial. I must then ask, did Parliament intend to provide a presumption to prove the offence or to prove the exact amount by which the driver was over 80? The answer seems to me to be obvious. Parliament would not have intended to provide a mechanism to prove something which is legally immaterial. [Emphasis added.]

He then concludes at p. 231:

It is my opinion that to permit "evidence to the contrary" to be interpreted to include evidence which shows only that the concentrations at the time of driving and testing were not the same would permit the rebuttal of the presumption by the presentation of evidence which really only shows the possibility of some uncertainty about that element of the scheme.

On the other hand, evidence which tends to show that an accused, at the time of the offence, did not have a

recours à la présomption. J'estime qu'il s'agit pourtant là d'une considération pertinente, qui peut en partie servir à expliquer pourquoi le législateur a choisi de formuler cette présomption en termes d'alcoolémie réelle plutôt que d'alcoolémie supérieure ou inférieure à la limite prescrite. Il serait préférable, à mon sens, de reconnaître que, bien qu'un écart puisse ne pas être pertinent en droit quant à la déclaration de culpabilité, il peut néanmoins s'avérer une considération légitime au moment de la détermination de la peine.

À ce propos, relativement à une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» portée en vertu de l'al. 253b) du *Code*, j'approuve le raisonnement du juge Galligan au nom de la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario, à la p. 230:

[TRADUCTION] L'infraction créée par l'al. 253b) est celle de conduite avec une alcoolémie dépassant 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Il y aura déclaration de culpabilité si la concentration dépasse 80 et acquittement dans le cas contraire. Il n'existe aucune obligation d'établir le taux précis dépassant 80 aux fins d'établir la preuve de l'infraction. Dans la mesure où la concentration dépasse 80, l'infraction est établie et il est non pertinent en droit, aux fins de la déclaration de culpabilité, de savoir dans quelle proportion l'alcoolémie dépasse 80. Ainsi, dans la mesure où le taux dépasse 80, la proportion exacte est non pertinente en droit. Il me faut alors poser la question suivante: le législateur avait-il l'intention de créer une présomption afin d'établir la preuve de l'infraction ou bien d'établir la preuve du taux exact par lequel l'alcoolémie du conducteur dépassait 80? La réponse me semble évidente. Le législateur n'a pu avoir l'intention d'établir un mécanisme visant à prouver quelque chose qui n'est pas pertinent en droit. [Je souligne.]

Et il conclut à la p. 231:

[TRADUCTION] À mon avis, permettre que l'expression «preuve contraire» soit interprétée comme s'entendant notamment d'une preuve qui ne démontre que l'absence d'identité entre l'alcoolémie au volant et l'alcoolémie au moment de l'alcootest serait permettre la réfutation de la présomption par une preuve qui ne démontre que la possibilité d'un certain degré d'incertitude quant à cet élément du régime.

Par contre, la preuve qui tend à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé, au moment de l'infraction, ne

concentration of alcohol in his or her blood exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood . . . constitutes evidence to the contrary because it tends to rebut the presumption and does not produce the absurd result produced by the other interpretation. It does not render an important part of the scheme ineffective.

As I have already mentioned, however, I wish to qualify his remarks in one very important respect. It must be recalled that Galligan J.A. was addressing the presumption in s. 258(1)(c) in the context of a proceeding in which the accused was only charged with being "over 80", contrary to s. 253(b). The same can be said of both *Moreau* and *Crosthwait*. As such, none of the above judgments addressed the interaction between the presumption in s. 258(1)(c) and the offence of impaired driving under s. 253(a). Although this question does not arise on the facts of the present case and was not raised by either of the parties, it is a concern mentioned by my colleague, and I will therefore address it briefly.

5. *Application of s. 258(1)(c) to a Charge of Impaired Driving*

My colleague observes that actual blood alcohol levels, while not relevant to an "over 80" charge, may be of considerable importance where the Crown elects to proceed against the accused on an "impaired driving" charge pursuant to s. 253(a) of the *Code*. Indeed, breathalyzer results are frequently used as an element of proof of actual impairment, and a breathalyzer reading of 180 mg is no doubt greater support for a finding of actual impairment than would be a reading of 100 mg. I therefore agree with Justice Iacobucci that it could operate unfairly to the accused to hold that the presumption in s. 258(1)(c) will not be rebutted unless the accused adduces evidence tending to show that he could be under the legal limit.

dépassait pas 80 mg d'alcool par 100 ml de sang [. . .] constitue une preuve contraire parce qu'elle tend à réfuter la présomption et ne conduit pas au résultat absurde auquel mène l'autre interprétation. Elle n'a pas pour effet de rendre inefficace une importante partie du régime.

Comme je l'ai indiqué précédemment, toutefois, je souhaite nuancer ses remarques sur un point très important. Le juge Galligan, on s'en souviendra, examinait la présomption de l'al. 258(1)c dans le contexte d'une poursuite où le prévenu était simplement accusé de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» contrairement à l'al. 253b). La remarque vaut pour les arrêts *Moreau* et *Crosthwait*. À ce titre, aucun de ces jugements n'analyse l'interaction entre la présomption de l'al. 258(1)c et l'infraction de conduite avec facultés affaiblies prévue par l'al. 253a). Bien que cette question ne se soulève pas dans le contexte du présent pourvoi et qu'elle n'ait pas été discutée par les parties, mon collègue en fait mention et je vais donc l'aborder brièvement.

5. *L'application de l'al. 258(1)c à l'accusation de conduite avec facultés affaiblies*

Mon collègue fait observer que si elle n'est pas pertinente quant à une accusation de conduite «avec plus de 80 mg», l'alcoolémie réelle peut revêtir une importance considérable lorsque le ministère public choisit de porter une accusation de «conduite avec facultés affaiblies» sous le régime de l'al. 253a) du *Code*. De fait, les résultats d'alcootests sont fréquemment utilisés comme élément de preuve de l'affaiblissement réel des facultés, et il est indubitable qu'un alcootest indiquant 180 mg incline davantage à conclure à l'affaiblissement réel des facultés qu'un alcootest indiquant 100 mg. Je suis donc d'accord avec le juge Iacobucci pour dire qu'il pourrait être injuste pour l'accusé de conclure que la présomption de l'al. 258(1)c ne sera pas réfutée à moins que ce dernier ne présente une preuve tendant à démontrer que son alcoolémie pourrait avoir été en deçà de la limite prévue par la loi.

The same concerns, however, do not flow from my proposed interpretation of "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c). Where the Crown seeks

L'interprétation que je propose de l'expression «preuve contraire» utilisée à l'al. 258(1)c ne soulève toutefois pas les mêmes préoccupations. Lors-

to rely on a breathalyzer result for the purposes of supporting an impairment charge under s. 253(a), then any evidence tending to raise a doubt as to impairment is legally material (other than, of course, fluctuations relating to the normal process of metabolizing of alcohol in blood). In such cases, materiality may very well depend upon factors such as the accused's actual blood alcohol level, the degree of discrepancy alleged, and the nature and extent of the other evidence as to impairment. In some cases, the exact breathalyzer reading may be highly relevant to an essential element of the offence and even small differences will be legally material. The same cannot be said in relation to an "over 80" charge.

There is no need to give s. 258(1)(c) different meanings depending on whether it applies in conjunction with s. 253(a) or (b). Rather, we need only recognize that a provision with one meaning may have different applications to the two different charges to which it relates. This proposition is hardly controversial or new. I hasten to add that it is certainly less novel than giving a single phrase in a single provision two different interpretations in respect of the same charge, which is the apparent result of the distinction between the presumptions of accuracy and identity.

To summarize, then, I would only emphasize again that the presumption in s. 258(1)(c) must be interpreted in the context of the charge in relation to which it is being invoked. Moreover, as I have already mentioned, although actual blood alcohol levels may be legally immaterial to conviction, they may be relevant in the context of sentencing. As such, evidence which shows that the blood alcohol level of the convicted driver was lower than the test result may be a factor to consider in sentencing. I do not believe it to be either contrary to *Charter* values or in any way unjust to the accused to require that "evidence to the contrary"

que le ministère public cherche à invoquer le résultat d'un alcootest aux fins d'étayer une accusation de conduite avec facultés affaiblies sous le régime de l'al. 253a), toute preuve tendant à soulever un doute quant à l'affaiblissement des facultés est alors pertinente en droit (exclusion faite, naturellement, des fluctuations associées à la métabolisation normale de l'alcool dans le sang). En pareils cas, la pertinence peut fort bien dépendre de facteurs tels l'alcoolémie réelle de l'accusé, l'écart allégué, ainsi que la nature et l'importance des autres éléments de preuve relatifs à l'affaiblissement des facultés. Dans certains cas, le résultat exact de l'alcootest peut être hautement pertinent quant à un élément essentiel de l'infraction et même des différences minimales seront alors pertinentes en droit. On ne peut en dire autant en ce qui concerne l'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg».

Il n'est nul besoin de donner à l'al. 258(1)c) des sens différents selon qu'il se combine à l'al. 253a) ou à l'al. 253b). Il suffit de reconnaître qu'une disposition ayant un sens unique peut s'appliquer différemment, selon les deux accusations distinctes auxquelles elle se rapporte. Cette proposition n'est ni controversée ni nouvelle. Je m'empresse d'ajouter qu'elle est certainement moins novatrice que celle qui consiste à conférer à une seule et même expression contenue dans une seule et même disposition deux interprétations différentes à l'égard de la même accusation, ce qui est le résultat apparent de la distinction entre la présomption d'exactitude et la présomption d'identité.

En résumé, je me bornerai à souligner à nouveau que la présomption de l'al. 258(1)c) doit être interprétée dans le contexte de l'accusation à l'égard de laquelle elle est invoquée. De plus, comme je l'ai indiqué précédemment, bien que l'alcoolémie réelle puisse n'avoir aucune pertinence en droit quant à la déclaration de culpabilité, elle peut en avoir dans le cadre de la détermination de la peine. Ainsi, la preuve établissant que l'alcoolémie du conducteur déclaré coupable était inférieure au résultat de l'alcootest peut être un facteur à prendre en considération au moment de déterminer la peine. Je ne crois pas qu'il soit contraire aux

be legally material in respect of the offence with which the accused is charged. The onus on the accused is purely evidentiary in nature, and flows from an interpretation of the provision which avoids patent absurdity.

6. *Section 258(1)(c) and the Presumption of Innocence*

I would also like to address briefly my colleague's concern that the presumption in s. 258(1)(c) not be interpreted so as to require the accused to prove his innocence, or so as to impose a burden upon the accused to raise a reasonable doubt as to his guilt before the Crown has put forward its entire case. If "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) is interpreted in the manner that I suggest, then all that is necessary for an accused to rebut this presumption will be for that individual to point to credible evidence which tends to show that there is a legally material difference between the accused's blood alcohol level at the time of the offence and the result indicated by the breathalyzer reading.

In the context of an "over 80" charge, it will be necessary for the accused to point to credible evidence which tends to show that his blood alcohol level could have been under the legal limit. This evidence will typically take the form of expert evidence to the effect that the alcohol consumed after driving (or immediately before embarking) would generally affect a person of the accused's sex, height and body weight within a certain range of values. Thus, for instance, an accused may adduce expert evidence indicating that when the effect of alcohol allegedly consumed after driving is subtracted from the actual blood alcohol reading on the breathalyzer, it would bring the accused's blood alcohol level to anywhere between 70 and 120 mg of alcohol per 100 ml of blood. This evidence would amount to "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c), and the Crown would no longer be able to rely on that presumption to prove its case against the accused. There is no need for the accused to demonstrate that his

valeurs garanties par la *Charte* ou de quelque façon injuste envers l'accusé d'exiger que la «preuve contraire» soit pertinente en droit eu égard à l'infraction faisant l'objet de l'inculpation. Le fardeau qui incombe à l'accusé est un simple fardeau de preuve et découle d'une interprétation de la disposition permettant d'éviter une absurdité manifeste.

6. *L'alinéa 258(1)c) et la présomption d'innocence*

J'aimerais également examiner brièvement une autre préoccupation de mon collègue, soit la nécessité de ne pas interpréter la présomption de l'al. 258(1)c) de manière à obliger l'accusé à prouver son innocence ou à lui imposer le fardeau de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité avant que le ministère public n'ait présenté toute sa preuve. Si l'expression «preuve contraire» figurant à l'al. 258(1)c) est interprétée comme je le suggère, tout ce que l'accusé aura à faire pour réfuter cette présomption sera de présenter une preuve crédible tendant à démontrer qu'il existe une différence pertinente en droit entre son alcoolémie au moment de l'infraction et le résultat indiqué par l'alcootest.

Dans le cadre d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», l'accusé devra présenter une preuve crédible qui tende à démontrer que son alcoolémie aurait pu être sous la limite prévue par la loi. Cette preuve prend typiquement la forme d'un témoignage d'expert suivant lequel l'alcool absorbé après avoir conduit le véhicule (ou immédiatement avant d'y monter) aurait généralement, sur une personne du sexe, de la taille et du poids de l'accusé, un effet situé entre certains paramètres. Ainsi, par exemple, l'accusé peut présenter le témoignage d'un expert indiquant qu'en soustrayant l'effet de l'alcool qui aurait été absorbé postérieurement à la conduite du résultat réel de l'alcootest, on obtiendrait une alcoolémie se situant entre 70 et 120 mg d'alcool par 100 ml de sang. Ce témoignage équivaudrait à une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c), et il ne serait plus loisible au ministère public de se fonder sur cette présomption pour établir sa preuve contre l'accusé. L'accusé n'a pas à établir que son

blood alcohol level is actually below .08. He need only adduce credible evidence tending to show that this is possible under the circumstances. He needs to show, in other words, that the discrepancy is legally material. The onus on the accused is strictly evidentiary in nature, and arises as a practical consequence of the Crown justifiably relying on the presumption in s. 258(1)(c) until the accused adduces some evidence to show that this reliance is unjustified to a legally material degree.

In the context of an impaired driving charge, by contrast, it will only be necessary for an accused to point to credible evidence of an overestimation of blood alcohol level that is sufficiently large that it tends to raise a doubt as to impairment. As I said earlier, the magnitude of the discrepancy required to rebut the presumption is a determination to be made in light of the totality of the facts in each case. Once again, however, the important point for our purposes is that the accused need not demonstrate that the discrepancy is large enough to disprove impairment, but need only point to evidence that is capable of raising a doubt as to impairment.

I agree that the reversal of burden created by s. 258(1)(c) may indeed constitute a breach of s. 11(d) of the *Charter*, as suggested by my colleague, since this statutory presumption relieves the Crown of its duty to prove independently all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt. However, I note without deciding that such an infringement would very likely survive *Charter* scrutiny under s. 1 as a reasonable and demonstrably justifiable limit on the right, given the overwhelming importance of effective enforcement measures to curb the dangers of drunk driving.

7. Policy Considerations

Ultimately, this case boils down to a question of whether we impose the burden on the Crown or on the accused to adduce expert toxicological evi-

alcoolémie est véritablement inférieure à 0,08. Il n'a qu'à présenter une preuve crédible tendant à démontrer que cela est possible dans les circonstances. En d'autres termes, il doit montrer que l'écart est pertinent en droit. Le fardeau qui lui incombe relève strictement de la présentation de la preuve et découle en pratique de la possibilité pour le ministère public de se fonder sur la présomption de l'al. 258(1)c) tant que l'accusé ne présente pas quelquel'élément de preuve visant à démontrer que le recours à la présomption est injustifié dans une mesure pertinente en droit.

Dans le cadre d'une accusation de conduite avec facultés affaiblies, en revanche, l'accusé n'aura qu'à présenter une preuve crédible selon laquelle il y a eu surestimation de son alcoolémie dans une proportion telle que cela tende à soulever un doute quant à l'affaiblissement de ses facultés. Comme je l'ai dit précédemment, l'amplitude de l'écart requise pour réfuter la présomption s'apprécie eu égard à l'ensemble des faits de chaque cas. Encore là, toutefois, l'élément important pour nos fins est que l'accusé n'a pas à établir que l'écart est suffisamment grand pour réfuter l'affaiblissement des facultés, mais seulement à signaler une preuve susceptible de soulever un doute à ce sujet.

Je conviens que le renversement du fardeau opéré par l'al. 258(1)c) pourrait de fait constituer une violation de l'al. 11d) de la *Charte*, comme le donne à entendre mon collègue, étant donné que cette présomption décharge le ministère public de son obligation de prouver de façon indépendante et hors de tout doute raisonnable l'ensemble des éléments de l'infraction. Toutefois, je souligne, sans pour autant en décider, qu'une telle violation subirait très vraisemblablement avec succès le test de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable dont la justification peut se démontrer, étant donné l'importance prépondérante de disposer de mesures d'application efficaces pour diminuer les dangers associés à l'alcool au volant.

7. Considérations d'ordre public

En dernière analyse, cette affaire se ramène à une seule question, celle de savoir si c'est au ministère public ou à l'accusé qu'il incombe de

104

105

106

dence in instances in which a driver voluntarily consumes (or claims to have consumed) alcohol either shortly before or after driving but before supplying a breathalyzer sample. I cannot agree that there is any need for two different evidentiary burdens to flow from the identical provision, in respect to the identical charge. Moreover, it seems anomalous to afford the benefit of the lesser evidentiary burden to drivers who have either wilfully consumed alcohol after being involved in an offence or who have gulped down material quantities of alcohol and then tried to drive home before the alcohol took effect. In most cases, moreover, there is good reason to suspect that post-driving drinking (or just the claim thereof) is an act of mischief intended to thwart police investigators. All such cases, at the very least, involve a significant degree of irresponsibility and a cavalier disregard for the safety of others and the integrity of the judicial system. This Court should not encourage or, at the very least, lend legitimacy, to such behaviour. Surely, if an accused wishes to question the representativeness of the breathalyzer result on the basis that the reading could be overestimating his blood alcohol level at the time of the offence, and the reason for that discrepancy is his own wilful conduct, then it would seem only just and consistent with the mischief that Parliament sought to address by way of this presumption that he assume the burden of adducing some evidence which tends to show that this discrepancy is legally relevant to the outcome of the charge. He is, in effect, the artisan of his own jeopardy, and should not profit from conduct which may very well verge on obstruction of justice.

présenter une expertise toxicologique dans les cas où le conducteur d'un véhicule consomme volontairement (ou affirme avoir consommé) de l'alcool, soit peu avant, soit après avoir conduit son véhicule mais avant de fournir un échantillon d'haléine. Je ne saurais être d'accord qu'il est nécessaire d'imposer deux fardeaux de preuve différents pour une disposition identique, à l'égard d'une accusation identique. De plus, il semble anormal d'accorder le bénéfice d'un fardeau de preuve moins lourd aux conducteurs qui ont soit volontairement absorbé de l'alcool après avoir été impliqués dans une infraction, soit ingurgité d'importantes quantités d'alcool et tenté ensuite de se rendre chez eux en voiture avant que l'effet ne se produise. Dans la plupart des cas, au surplus, il y a tout lieu de soupçonner que le fait de boire après avoir conduit (ou simplement d'affirmer qu'on l'a fait) est un acte malveillant destiné à déjouer les policiers enquêteurs. Tous ces cas, à tout le moins, dénotent un haut degré d'irresponsabilité et une insouciance cavalière à l'égard de la sécurité d'autrui et de l'intégrité du système judiciaire. Notre Cour ne doit pas encourager une telle conduite ou, à tout le moins, lui conférer quelque légitimité que ce soit. Indubitablement, si l'accusé souhaite remettre en cause l'exactitude de l'alcootest au motif qu'il pourrait y avoir surestimation de son alcoolémie au moment de l'infraction, et que cet écart est attribuable à sa propre conduite intentionnelle, il ne semblerait que juste et compatible avec le problème que le législateur cherchait à enrayer au moyen de la présomption, qu'il assume le fardeau de présenter quelque élément de preuve tendant à démontrer que cet écart est pertinent en droit quant au sort de l'accusation. Étant lui-même l'artisan de son propre problème, l'accusé ne devrait pas tirer profit d'une conduite qui pourrait fort bien être perçue comme une obstruction à la justice.

On a final note, I cannot help but remark upon a possible practical implication of the interpretation urged by the appellant. Given the possibility that a sophisticated or mischievous accused could either drink, or merely claim to have drunk, alcohol after having been taken to the station for a breathalyzer test, as is the case here, police may well begin to

En terminant, je ne puis m'empêcher de souligner l'une des conséquences que l'interprétation avancée par l'appelante pourrait avoir sur le plan pratique. Étant donné la possibilité qu'un accusé sophistiqué ou malveillant boive de l'alcool, ou affirme simplement en avoir bu, après avoir été conduit au poste pour subir l'alcootest, comme

search individuals more systematically for alcohol containers in an effort to thwart such activity. Giving the appellant the benefit of the doubt in the present case notwithstanding the legal irrelevancy of her objection to the outcome of the charge may therefore precipitate a legitimate investigative procedure that is even more invasive of the rights of the individual than the adverse presumption to which the appellant objects in the first place.

IV. Application to the Facts

In a charge of driving "over 80", as was the case in the present appeal, "evidence to the contrary" must go to a legally material issue. As such, in this case, it must be evidence capable of raising a reasonable doubt that the accused was under the legal limit at the time of the offence. The appellant did not testify. Nor was evidence adduced to this effect. The Crown was therefore entitled to rely on the presumption in s. 258(1)(c), and consequently proved all of the elements of the offence. Since I can see no other defence which the accused could possibly have advanced, I would agree with Galligan J.A. that there is no need for a new trial, and that a conviction should be substituted for the acquittal.

Accordingly, I would dismiss the appeal and dispose of the case in the manner proposed by the Court of Appeal.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Graham Webb, Barrie.

Solicitor for the respondent: David Finley, Toronto.

c'est le cas en l'espèce, il se pourrait que, dans le but de freiner cette activité, les policiers se mettent à fouiller plus systématiquement les individus en vue d'y rechercher des contenants d'alcool. Donner à l'appelante le bénéfice du doute dans la présente affaire, malgré la non-pertinence en droit de son objection quant à l'issue de l'accusation, pourrait donc entraîner la mise en place d'une procédure légitime d'enquête portant une atteinte plus grande encore aux droits de la personne que la présomption défavorable à laquelle s'oppose en premier lieu l'appelante.

IV. Application aux faits

Dans une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», comme dans le cas qui nous occupe, la «preuve contraire» doit se rapporter à une question pertinente en droit. En l'espèce, il doit s'agir d'une preuve susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusée n'avait pas dépassé la limite prévue par la loi au moment de l'infraction. L'appelante n'a pas témoigné et aucune preuve n'a été présentée à cet effet. Le ministère public avait donc le droit de se fonder sur la présomption de l'al. 258(1)c), et conséquemment il a prouvé tous les éléments de l'infraction. Étant donné qu'à mon avis l'accusée ne pouvait soulever aucun autre moyen de défense, j'estime, à l'instar du juge Galligan, qu'il n'est pas nécessaire de tenir un nouveau procès et qu'il y a lieu de substituer à l'acquiescement une déclaration de culpabilité.

En conséquence, je rejetterais le pourvoi et je disposerais de cette cause comme le propose la Cour d'appel.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Graham Webb, Barrie.

Procureur de l'intimée: David Finley, Toronto.

108

109