

Gordon Meredith Lightfoot *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1981: March 26; 1981: May 11.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Drunk driving charge — Viva voce evidence — Whether statutory rebuttable presumption applicable — Whether proof of suitability of substance necessary — Criminal Code, ss. 237(1)(c), 237(1)(f).

The appellant was acquitted of a drunk driving charge under s. 236 of the *Criminal Code*. The Crown, electing to proceed under summary conviction procedure, had sought to prove the charge by *viva voce* evidence, relying on the presumption created by s. 237(1)(c), and the appellant had called no evidence in defence.

Two questions of law arising out of a stated case were put to the courts: whether the trial judge erred 1) in concluding that the statutory rebuttable presumption could only be applied to a case where the Crown had proceeded by way of certificate evidence and 2) in concluding that there had to be proof of the suitability of the substance used in the breathalyzer machine at the time of the analyses of the samples of the accused's breath. These questions were answered in the affirmative by the courts below and the acquittal was set aside.

Held: The appeal should be dismissed.

With respect to the first question: it is manifest from a plain reading of s. 237 that assuming the requirements of the various subsections are satisfied, the Crown may rely on the presumption of subs. (1)(c) whether it proceeds to prove the offence by means of the *viva voce* evidence of a qualified technician or by the production of a certificate under subs. (1)(f).

With respect to the second question: admittedly, no such element of proof by the Crown is expressed in s. 237(1)(c) and the Court should avoid reading into the section technical requirements which do not flow from the language used by Parliament.

R. v. Crosthwait, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. Gorgichuk* (1970), 1 C.C.C. (2d) 492; *R. v. Rogers* (1972), 6 C.C.C. (2d) 496; *R. v. York*, September 16, 1980

Gordon Meredith Lightfoot *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1981: 26 mars; 1981: 11 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Accusation de conduite en état d'ébriété — Preuve orale — La présomption légale simple s'applique-t-elle? — Faut-il faire la preuve du caractère approprié de la substance? — Code criminel, art. 237(1)(c), 237(1)(f).

L'appelant a été acquitté d'une accusation de conduite en état d'ébriété portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. La poursuite, ayant choisi de procéder par voie de déclaration sommaire de culpabilité, a voulu prouver l'accusation par preuve orale, en invoquant la présomption créée par l'al. 237(1)(c). L'accusé n'a pas soumis de preuve pour sa défense.

L'exposé de cause énonce deux questions de droit qui ont été soumises aux cours: le juge du procès a-t-il commis une erreur 1) en concluant que la présomption légale simple ne peut s'appliquer qu'à une affaire où la poursuite a soumis sa preuve sous forme de certificat et 2) en concluant qu'il fallait faire la preuve du caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre au moment des analyses des échantillons d'haleine de l'accusé. Toutes les cours d'instance inférieure ont répondu à ces questions par l'affirmative et l'acquittement a été infirmé.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Quant à la première question: il est évident à la seule lecture de l'art. 237 que, si les conditions des différents alinéas sont remplies, la poursuite peut invoquer la présomption de l'al. (1)(c), qu'elle fasse la preuve de l'infraction par le témoignage oral d'un technicien qualifié ou qu'elle produise un certificat conformément à l'al. (1)(f).

Quant à la seconde question: bien sûr, l'al. 237(1)(c) ne mentionne pas un tel élément de la preuve de la poursuite et la Cour doit éviter d'interpréter l'article comme s'il comportait des exigences formalistes qui ne découlent pas des termes employés par le législateur.

Jurisprudence: *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. v. Gorgichuk* (1970), 1 C.C.C. (2d) 492; *R. v. Rogers* (1972), 6 C.C.C. (2d) 496; *R. v. York*, le 16

(B.C.C.A.); *R. v. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario affirming the order on a stated case. Appeal dismissed.

Gerald R. Kluwak and Barry Prentice, for the appellant.

A. G. Campbell, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant is here by leave on two questions of law arising out of a stated case which followed his acquittal of a drunk driving charge under *Criminal Code*, s. 236. The Crown, electing to proceed under summary conviction procedure, sought to prove the charge by *viva voce* evidence, relying on the presumption created by s. 237(1)(c). The accused called no evidence in defence.

The case stated at the request of the Crown and pursuant to *Criminal Code*, s. 762 contained four questions as follows:

- (i) Did I err in law in concluding that the statutory rebuttable presumption contained in Section 237(1)(c) of the *Criminal Code* could only be applied to a case where the Crown had proceeded by way of certificate evidence?
- (ii) Did I err in law in concluding that there had to be proof of the suitability of the substance or solution used in the breathalyzer machine at the time of the analyses of the samples of the accused's breath, and proof of how the chemical analyses were conducted where no certificate evidence was relied upon and the Crown proceeded by way of *viva voce* evidence?
- (iii) Did I err in law in concluding that the demand made pursuant to Section 235(1) was not made forthwith or as soon as practicable by reason of the delay in taking the roadside sample?
- (iv) Did I err in concluding that the samples taken as provided for in Section 237(1)(c)(ii) were not taken as soon as practicable by reason of the delay in taking the roadside sample?

septembre 1980 (C.A.C.-B.); *R. v. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé une ordonnance par voie d'exposé de cause. Pourvoi rejeté.

Gerald R. Kluwak et Barry Prentice, pour l'appellant.

A. G. Campbell, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appellant se pourvoit, en vertu d'une autorisation, sur deux questions de droit soulevées dans un exposé de cause formulé après son acquittement sur une accusation de conduite en état d'ébriété portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. La poursuite, ayant choisi de procéder par voie de déclaration sommaire de culpabilité, a voulu prouver l'accusation par preuve orale, en invoquant la présomption créée par l'al. 237(1)c). L'accusé n'a pas soumis de preuve pour sa défense.

L'exposé de cause formulé à la demande de la poursuite, en vertu de l'art. 762 du *Code criminel*, comporte les quatre questions suivantes:

[TRADUCTION]

- (i) Ai-je commis une erreur de droit en concluant que la présomption légale simple de l'al. 237(1)c) du *Code criminel* ne peut s'appliquer qu'à une affaire où la poursuite a soumis sa preuve sous forme de certificat?
- (ii) Ai-je commis une erreur de droit en concluant qu'il fallait faire la preuve du caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre au moment des analyses des échantillons d'haleine de l'accusé et la preuve de la manière dont les analyses chimiques ont été faites, vu qu'aucun certificat n'a été invoqué comme preuve mais que la poursuite a soumis une preuve orale?
- (iii) Ai-je commis une erreur de droit en concluant que la sommation faite en vertu du par. 235(1) n'a pas été faite sur le champ ou dès que possible en raison du retard à prélever l'échantillon sur la route?
- (iv) Ai-je commis une erreur en concluant que les échantillons prélevés comme le prévoit le sous-al. 237(1)c)(ii) n'ont pas été prélevés aussitôt qu'il était matériellement possible de le faire en raison du retard à prélever les échantillons sur la route?

Robins J. before whom the issues came answered all questions in the stated case in the affirmative. In consequence, he allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and remitted the matter to the trial judge. On further appeal to the Court of Appeal, that Court affirmed the order of Robins J. for the reasons given by him. As indicated above, the case is here by leave on two only, the first two, of the questions set out in the stated case.

I need not dwell at any length on the first of the questions that is before this Court. The reasons of Robins J. are sufficient support for the conclusion that the rebuttable statutory presumption may be raised by the Crown by *viva voce* evidence and that it is not restricted, in its resort to s. 237(1)(c) to certificate evidence. Section 237(1)(c) is in these terms:

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236,

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), if

- (i) [not yet proclaimed]
- (ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event 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) a chemical analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician.

evidence of the results of the chemical analyses so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the proportion 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 proportion determined by such analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the proportions determined by such analyses;

Robins J. addressed the first question as follows:

Le juge Robins, à qui a été confiée l'affaire, a répondu à toutes les questions de l'exposé de cause par l'affirmative. En conséquence, il a accueilli l'appel de la poursuite, infirmé l'acquittement et renvoyé l'affaire au juge de première instance. Sur appel à la Cour d'appel, celle-ci a confirmé l'ordonnance du juge Robins pour les motifs qu'il avait exprimés. Comme je l'ai déjà signalé, l'affaire est devant nous, sur autorisation, sur seulement deux des questions, les deux premières, formulées dans l'exposé de cause.

Je n'ai pas besoin de m'arrêter longuement à la première des questions soumises à la Cour. Les motifs du juge Robins justifient amplement la conclusion que la poursuite peut invoquer la présomption légale réfutable dans une preuve orale et qu'elle n'est pas limitée, dans son recours à l'al. 237(1)c), à la preuve par certificat. L'alinéa 237(1)c) est ainsi rédigé:

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236,

c) lorsque des échantillons de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1),

- (i) [non proclamé]
- (ii) si chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment, le second l'ayant été au moins quinze minutes après le premier,
- (iii) si chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié, et
- (iv) si une analyse chimique de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié.

la preuve des résultats des analyses chimiques ainsi faites fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, du taux d'alcoolémie dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est alléguée avoir 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;

Le juge Robins a ainsi traité de la première question:

Whether the Crown seeks to establish the offence through the certificate of a qualified technician admissible under section 237(1)(f) or through the oral testimony of the technician, it is entitled to receive the evidentiary advantage afforded it by section 237(1)(c). The evidence of the results of the chemical analysis must in each case by virtue of section 237(1)(c), be taken to constitute proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused at the material time "in the absence of any evidence to the contrary".

There is no merit in my view to the submission made on behalf of the respondent that section 237 is designed solely for the purpose of permitting certificate evidence; the section presents no difficulty of interpretation on this point. I think it manifest from a plain reading of it that assuming the requirements of the various subsections are satisfied, the Crown may rely on the presumption of subsection (1)(c) whether it proceeds to prove the offence by means of the *viva voce* evidence of a qualified technician or by the production of a certificate under subsection (1)(f). The Court of Appeal indicated in the case of *Regina v. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308 that both methods of proof are available to the Crown.

On the second question, counsel for the appellant restricted himself to the first part thereof, that concerning proof of the suitability of the substance or solution used in the breathalyzer machine at the time of the analyses of the samples of the accused's breath. It was his contention that even if he was wrong as to the requirement of certificate evidence only to bring the Crown within s. 237(1)(c), it was nonetheless necessary, where the Crown proceeded by *viva voce* evidence, as it did here, to make proof of the suitability of the substance or solution used in the breathalyzer machine. Admittedly, no such element of proof by the Crown is expressed in s. 237(1)(c) and the principle expressed by Pigeon J. for this Court in *R. v. Crosthwait*¹ would appear to exclude its importation into that provision. The *Crosthwait* case concerned a drunk driving charge, similar to that in this case, but there the Crown sought to raise the statutory presumption under s. 237(1)(c) by producing a certificate of analyses of two breath tests through the officer who took the tests. A question was raised in that case as to the extent to which reliance could be placed upon a certificate made pursuant to s. 237(1)(f). Pigeon J. said

[TRANSLATION] Que la poursuite cherche à faire la preuve de l'infraction par le certificat d'un technicien qualifié, recevable en vertu de l'al. 237(1)f), ou par le témoignage oral du technicien, elle a droit de profiter de la facilité de preuve que lui procure l'al. 237(1)c). La preuve des résultats des analyses chimiques doit, dans chaque cas, à cause de l'al. 237(1)c), être considérée comme la preuve du taux d'alcoolémie du prévenu au moment en cause «en l'absence de toute preuve contraire».

A mon avis, est sans fondement la prétention avancée au nom de l'intimé que l'art. 237 vise seulement à permettre de faire la preuve par certificat. L'article ne présente aucune difficulté d'interprétation sur ce point. Je crois qu'il est évident, à la seule lecture de l'article, que, si les différentes conditions des différents alinéas sont remplies, la poursuite peut invoquer la présomption de l'al. (1)c) qu'elle fasse la preuve de l'infraction par le témoignage oral d'un technicien qualifié ou qu'elle produise le certificat de ce dernier conformément à l'al. (1)f). Dans l'arrêt *Regina v. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308, la Cour d'appel a signifié que la poursuite pouvait avoir recours aux deux méthodes de preuve.

Quant à la seconde question, l'avocat de l'appellant s'est limité à sa première partie, celle qui vise la preuve du caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre au moment des analyses des échantillons d'haleine de l'accusé. Il a soutenu que même s'il avait tort d'affirmer que seule la preuve sous forme de certificat pouvait faire en sorte que la poursuite bénéficie de l'al. 237(1)c), il était quand même nécessaire, lorsque la poursuite procède par témoignage oral, comme elle l'a fait en l'espèce, de faire la preuve du caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre. Bien sûr, l'al. 237(1)c) ne mentionne pas expressément un tel élément de la preuve de la poursuite et le principe exprimé, au nom de cette Cour, par le juge Pigeon dans l'arrêt *R. c. Crosthwait*¹, paraît écarter son introduction dans cette disposition. L'arrêt *Crosthwait* a trait à une accusation de conduite en état d'ébriété comme en l'espèce, mais dans cette affaire-là, la poursuite avait cherché à faire jouer la présomption de l'al. 237(1)c) en faisant produire le certificat d'analyse de deux tests d'haleine délivré par le technicien qui avait fait les tests. On a contesté dans cette affaire la fiabilité qu'on peut attribuer

¹ [1980] 1 S.C.R. 1089.

¹ [1980] 1 R.C.S. 1089.

this in the course of his reasons (at pp. 1099-1100):

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, and the technician had followed the manufacturer's instructions in testing its accuracy. It 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. It may very well be that a scientist would not sign a certificate of analysis on the basis of the tests as performed by the technician, but this is irrelevant. Parliament has prescribed the conditions under which a certificate is evidence of the results of breath analyses and did not see fit to require evidence that the approved instrument was operating properly. Parliament did not see fit to require a check test be made with a standard alcohol solution and made reference only to the solution used for the actual test. Technicians are instructed to make a check test but the making of this test or its results have not been made conditions of the validity of the certificate and it has not been provided that the certificate would not be valid if it was not shown that the instrument had been maintained and operated in accordance with the manufacturer's instruction.

. . .

This does not mean that the accused is at the mercy of the technician: 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. As was pointed out in *R. v. Proudlock*, [[1979] 1 S.C.R. 525], it is not necessary in such cases that the rebutting evidence should do more than raise a reasonable doubt and, of course, this evidence may be sought in the depositions given by witnesses of the Crown as well as in depositions of defence witnesses. 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 evidence to the contrary sufficient at least to raise a reasonable doubt?

au certificat préparé en vertu de l'al. 237(1)f). Le juge Pigeon dit ceci dans ses motifs (aux pp. 1099 et 1100):

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 et que le technicien avait suivi les directives du fabricant pour en vérifier l'exactitude. 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. Il se peut fort bien qu'un homme de science refuserait de signer un certificat d'analyse fondé sur les tests effectués par le technicien, mais cela n'est pas pertinent. Le Parlement a établi les conditions auxquelles un certificat fait preuve des résultats des analyses d'haleine et n'a pas jugé bon d'exiger la preuve que l'instrument approuvé fonctionnait bien. Le Parlement n'a pas jugé bon d'exiger qu'un test de vérification soit effectué avec une solution type d'alcool; il n'a parlé que de la solution utilisée pour le test de l'haleine. On recommande bien aux techniciens d'effectuer un test de vérification, mais ce test ou ses résultats n'ont jamais été exigés comme condition de la validité du certificat et il n'a pas été prévu que le certificat serait invalide si l'on ne prouvait pas que l'instrument avait été entretenu et utilisé conformément aux directives du fabricant.

. . .

Cela ne signifie pas que le prévenu est à la merci du technicien: 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. Comme on l'a dit dans *R. c. Proudlock*, [[1979] 1 R.C.S. 525], il n'est pas nécessaire en pareil cas que la preuve contraire soulève plus qu'un doute raisonnable et, bien sûr, cette preuve peut être puisée autant dans les dépositions des témoins du ministère public que dans celles des témoins de la défense. A mon avis, en l'espèce le certificat faisant 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?

Counsel for the appellant submitted, however, that he was not seeking to have the Court introduce an element of proof into a provision which did not express it but rather was seeking to have the Court give a proper interpretation to s. 237(1)(c) in the light of the various provisions of s. 237(1), including s. 237(1)(e) and (f). Subsections (1)(e) and (1)(f) are "certificate" clauses reading respectively as follows:

237. (1) ...

(e) a certificate of an analyst stating that he has made an analysis of a sample of any substance or solution intended for use in an approved instrument and identified in the certificate and that the sample analyzed by him was found to be suitable for use in an approved instrument, is evidence that the substance or solution so identified is suitable for use in an approved instrument, without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate; and

(f) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), a certificate of a qualified technician stating

- (i) that each chemical analysis of the samples has been made by means of an approved instrument operated by him in which a substance or solution suitable for use in that approved instrument and identified in the certificate was used,
- (ii) the results of the chemical analyses so made, and
- (iii) if the samples were taken by him,

(A) [not yet proclaimed]

(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 statements contained in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate.

Emphasis was laid by counsel for the appellant on the word "identified" in para. (f)(i). What

L'avocat de l'appellant a soutenu cependant qu'il ne demandait pas à la Cour d'ajouter un élément de preuve à la disposition, élément qui n'y est pas exprimé, mais qu'il cherchait à lui faire donner la bonne interprétation de l'al. 237(1)c), à la lumière des diverses dispositions du par. 237(1), notamment des al. 237(1)e) et f). Les alinéas (1)e) et f) sont les textes relatifs au «certificat» et sont ainsi conçus:

237. (1) ...

e) un certificat d'un analyste déclarant qu'il a effectué une analyse d'un échantillon d'une substance ou solution conçue pour être utilisée dans un instrument approuvé et identifiée dans le certificat, et que l'échantillon analysé par lui a été considéré comme propre à être utilisé dans un instrument approuvé, fait preuve de ce que la substance ou solution ainsi identifiée est propre à être utilisée dans un instrument approuvé, sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de la signature de la personne par laquelle il paraît avoir été signé ni de la qualité officielle de cette personne; et

f) lorsque des échantillons de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), un certificat d'un technicien qualifié énonçant

- (i) que chaque analyse chimique des échantillons a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par lui et dans lequel a été utilisée une substance ou solution propre à être utilisée dans cet instrument approuvé et identifiée dans le certificat,
- (ii) que les résultats des analyses chimiques ainsi faites, et
- (iii) dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons,

(A) [non proclamé]

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

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

fait preuve des déclarations contenues dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de la signature de la personne par laquelle il paraît avoir été signé ni de la qualité officielle de cette personne.

L'avocat de l'appellant a insisté sur le mot «identifiée» dans le sous-al. f)(i). Ce que l'avocat a

counsel asserted was that this word did no more than require that the certificate name the substance or solution but left its suitability to be proved otherwise by the Crown. He invoked as well the judgment of Johnson J.A. in *R. v. Gorgichuk*² decided by the Alberta Appellate Division and the judgment of Taggart J.A. in *R. v. Rogers*³ a decision of the British Columbia Court of Appeal. Counsel's point was that where the Crown proceeded by certificate evidence under s. 237(1)(f) to seek the advantage of the presumption under s. 237(1)(c), it was still necessary to prove the suitability of the substance or solution in the breathalyzer instrument, either by resort to a certificate under (e) or by the evidence of a qualified witness, namely, the analyst. *A fortiori*, in his submission, was this necessary if the Crown proceeded by *viva voce* evidence alone to raise the presumption.

Reliance was placed on the following passage from the reasons of Johnson J.A. in the *Gorgichuk* case, at p. 496:

This other question also concerns the technician's certificate. It is whether the production of this certificate alone, without at the same time producing an analyst's certificate that he has analyzed the "substance or solution" and found it "suitable for use in an approved instrument" is sufficient to prove the proportion of alcohol in the blood of the appellant.

Subsection (1)(c) provides:

- (c) where a sample of the breath of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection (1) of Section 223, if
- (iv) a chemical analysis of the sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the result of the chemical analysis so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed;

affirmé c'est que ce mot exige que le certificat donne le nom de la substance ou solution mais laisse à la poursuite le soin d'en prouver le caractère approprié d'une autre façon. Il a aussi cité le jugement du juge Johnson dans l'arrêt *R. v. Gorgichuk*² de la Division d'appel de l'Alberta et le jugement du juge Taggart dans l'arrêt *R. v. Rogers*³ rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'argument de l'avocat portait que si la poursuite fait la preuve par certificat en vertu de l'al. 237(1)(f) pour se prévaloir de la présomption de l'al. 237(1)(c), il est quand même nécessaire de prouver le caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre, soit par recours à un certificat conformément à l'al. e) ou au témoignage d'un témoin qualifié, c.-à-d. l'analyste. Et il est d'autant plus nécessaire de le faire, dans son optique, si la poursuite procède simplement par témoignage oral pour faire naître la présomption.

On a invoqué le passage suivant des motifs du juge Johnson, dans l'arrêt *Gorgichuk*, à la p. 496:

[TRADUCTION] Cette autre question vise également le certificat du technicien. Il s'agit de savoir si la production de ce certificat, sans la présentation simultanée d'un certificat de l'analyste qui atteste que celui-ci a analysé la substance ou solution et l'a trouvée «propre à être utilisée dans un instrument approuvé» suffit à établir le taux d'alcoolémie dans le sang de l'appelant.

L'alinéa (1)(c) dispose:

- c) lorsqu'un échantillon de l'haleine du prévenu a été prélevé conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe (1) de l'article 223, si
- iv) une analyse chimique de l'échantillon a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

la preuve du résultat de l'analyse chimique ainsi faite fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est alléguée avoir été commise;

² (1970), 1 C.C.C. (2d) 492.

³ (1972), 6 C.C.C. (2d) 496.

² (1970), 1 C.C.C. (2d) 492.

³ (1972), 6 C.C.C. (2d) 496.

This on its face would appear to be all that is required to establish proof of the alcohol content of the blood. However, the following clauses of the subsection make it clear that the approved instrument can only be operated if it is supplied by a "substance or solution" analyzed by an analyst and found to be suitable for use in an approved instrument (s-s. (1)(f)(i)).

Subsection (6) defines an approved instrument and the *Approved Breathalyzer Order*, SOR/69-583, approved a "Borkenstein Breathalyzer as suitable for the purposes of section 224A of the Criminal Code". There is no provision made for the approval of the "substance or solution" intended to be used in the approved instrument other than by an analyst who has analyzed a sample of the same and his finding of suitability may be proved by his certificate under s-s. (1)(e). It is clear such a certificate, or failing that, *viva voce* evidence by the analyst, is a part of the Crown's case when it proceeds under these sections.

The *Rogers* case, unlike *Gorgichuk*, was one where the Crown sought to prove a drunk driving charge against an accused by *viva voce* evidence, that of a police officer, a qualified technician, who took breath samples with an approved breathalyzer instrument. As in *Gorgichuk*, so in *Rogers*, the Court held that it was necessary for the Crown to introduce evidence to show that the approved instrument contained a substance or solution suitable for use in the breathalyzer instrument, as well as evidence that a chemical analysis was conducted. "Without such evidence" said Taggart J.A. for the Court, "there is no proper basis for an opinion as to the quantity of alcohol in the bloodstream of the person who is the subject of the analysis" (at p. 500).

The judgment in *Rogers* was somewhat diluted by the British Columbia Court of Appeal in its recent judgment in *R. v. York*, September 16, 1980, not yet reported. It was an appeal from affirmation of a summary conviction on a drunk driving charge and the argument made on behalf of the appellant was that there was no evidence as

C'est, à la lecture de l'alinéa, tout ce qui semble requis pour prouver le taux d'alcool dans le sang. Cependant les alinéas suivants de ce paragraphe énoncent clairement que l'appareil approuvé ne peut être utilisé que s'il est alimenté avec une «substance ou solution» analysée par le technicien et jugée propre à être utilisée dans un instrument approuvé (sous-al. (1)f(i)).

Le paragraphe (6) définit ce qu'est un instrument approuvé et l'*Ordonnance portant approbation d'un ivressomètre*, DORS/69-583, dispose qu'un «ivressomètre Borkenstein est approuvé comme instrument approprié aux fins de l'article 224A du Code criminel». Il n'y a pas de disposition prévoyant l'approbation de la «substance ou solution» à utiliser dans l'instrument approuvé si ce n'est celle venant de l'analyste qui en a analysé un échantillon et qui conclut que la solution est appropriée, approbation qui peut être établie par le certificat qu'il délivre en vertu de l'al. (1)e). Il est manifeste qu'un tel certificat ou, à son défaut, le témoignage oral de l'analyste, fait partie de la preuve de la poursuite quand celle-ci agit en vertu de ces articles.

Dans l'affaire *Rogers*, contrairement à l'affaire *Gorgichuk*, Sa Majesté a voulu prouver une accusation de conduite en état d'ébriété contre un accusé par un témoignage oral, soit celui d'un agent de police, en tant que technicien qualifié, qui avait prélevé les échantillons d'haleine à l'aide d'un instrument approuvé. Tant dans l'affaire *Gorgichuk* que dans l'affaire *Rogers*, la Cour a jugé qu'il était nécessaire que la poursuite présente des éléments de preuve pour établir que l'instrument approuvé contenait une substance ou une solution propre à être utilisée dans l'éthylomètre aussi bien que des éléments attestant qu'une analyse chimique avait été faite. [TRADUCTION] «Sans ces éléments de preuve», dit le juge Taggart, au nom de la Cour d'appel, «il manque les éléments nécessaires pour fonder un avis sur la quantité d'alcool contenue dans le sang de la personne soumise à l'analyse» (à la p. 500).

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a quelque peu diminué la portée de l'arrêt *Rogers* par l'arrêt qu'elle a rendu le 16 septembre 1980 dans l'affaire *R. v. York*, encore inédit. Il s'agit d'un appel de la confirmation d'une déclaration de culpabilité, par voie sommaire, sur une accusation de conduite en état d'ébriété. L'appelant a invoqué

to the suitability of the solution used in the breathalyzer instrument, there was no evidence as to the identity of the solution and there was no evidence as to the making of a chemical analysis. As in the *Rogers* case, the Crown sought to prove the charge by the *viva voce* evidence of a qualified technician who took the breath samples with an approved breathalyzer instrument.

Taggart J.A., who delivered the judgment in *Rogers*, delivered the principal judgment in the *York* case. The conviction was affirmed and the distinction drawn in respect of the *Rogers* case was that there the appeal was by way of stated case and not by way of a straight appeal alleging a want of evidence. Taggart J.A. added that he was not at all satisfied that the nature of the evidence adduced before the trial judge in the *Rogers* case was in any way similar to the nature of the evidence adduced in the *York* case. On the merits, he was of the view that the testimony of the qualified technician as to his use of an approved breathalyzer instrument and with which he took the required breath samples followed by a check of the instrument, was sufficient to enable the County Court Judge to draw the inference that the solution used was suitable and that it was properly identified. Section 237(1)(c) was satisfied without more, even as to the chemical analysis.

I find considerable difficulty in reconciling the two cases of *Rogers* and *York* but, in any event, I think that Robins J., who purported to follow the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ware*⁴ was correct in doing so even if he were not bound to it by *stare decisis*. Lacourcière J.A. who spoke for the Ontario Court of Appeal in the *Ware* case said this (at p. 315) on the point in issue here:

... in my view, the learned trial Judge was in error in holding that the suitability of the substance or solution for use in an approved instrument had to be proved as part of the Crown's case before the accused could be found guilty of the offence charged. In my view subs. (1)(e) is merely an evidentiary subsection providing the Crown with the means by which to rebut any evidence that the substance or solution was unsuitable. I am of

l'absence de toute preuve relative au caractère approprié de la solution utilisée dans l'éthylomètre, relative à la nature de la solution et relative à l'analyse chimique elle-même. Comme dans l'affaire *Rogers*, la poursuite a voulu établir la preuve par le témoignage oral du technicien qualifié qui avait prélevé les échantillons d'haleine au moyen d'un éthylomètre approuvé.

Le juge Taggart, qui avait rédigé les motifs de l'arrêt *Rogers*, a rédigé les motifs principaux de la Cour d'appel dans l'affaire *York*. La déclaration de culpabilité a été maintenue et on y établit une distinction avec l'affaire *Rogers* en ce que, dans cette affaire-là, l'appel était sous forme d'exposé de cause et non sous forme d'un appel ordinaire fondé sur l'absence de preuve. Le juge Taggart a aussi indiqué qu'il n'était pas du tout convaincu que la nature de la preuve soumise au juge du procès dans l'affaire *Rogers* était semblable à celle de la preuve soumise dans l'affaire *York*. Au fond, il a jugé que le témoignage du technicien qualifié sur l'utilisation par celui-ci d'un éthylomètre approuvé avec lequel il a prélevé les échantillons d'haleine et sur la vérification postérieure de l'instrument suffisait pour permettre au juge de la Cour de comté de tirer la conclusion que la solution utilisée était appropriée et a été bien identifiée. L'alinéa 237(1)c) n'en exige pas plus même pour ce qui a trait à l'analyse chimique.

J'éprouve beaucoup de difficulté à concilier les arrêts *Rogers* et *York*, mais, quoi qu'il en soit, je crois que le juge Robins, qui a voulu se conformer à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Ware*⁴, a eu raison de le faire même s'il n'y était pas obligé en vertu du *stare decisis*. Voici ce que dit le juge Lacourcière, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Ware* (à la p. 315) sur les points en litige ici:

[TRADUCTION] ... à mon avis, le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il est nécessaire de prouver le caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans un instrument approuvé, comme partie de la preuve de la poursuite, pour que l'accusé puisse être déclaré coupable de l'accusation portée. A mon avis, l'al. (1)e) est simplement un alinéa relatif à la preuve qui donne à la poursuite la possibilité de réfuter toute

⁴ (1975), 30 C.R.N.S. 308.

⁴ (1975), 30 C.R.N.S. 308.

opinion that it is sufficient for the Crown, in order to prove the commission of the offence, merely to bring the accused within subs. (1)(a) and to file the certificate under subs. (1)(f) or prove the three enacted requirements of subs. (1)(c) by viva voce evidence.

Parliament created a new offence, the *actus reus* of which includes the prohibited blood-alcohol concentration; it set out a workable procedure to prove it. With great respect, it is not for the courts to defeat the laudable social purpose of the legislation, i.e., keeping off the roads people whose blood-alcohol proportion may exceed the prescribed limit, by adding, as part of the required [*sic*] proof of an offence, the necessity of an analysis of the solution in every case. I am required to "approach the matter by considering what is the mischief aimed at by this Act" [...] and to avoid reading into the section technical requirements which do not flow from the language used by Parliament.

In short, the Crown may obtain the advantage of the statutory presumption under s. 237(1)(c) by offering proof, by certificate or by oral evidence, of the three elements specified therein. Nothing more is required, in the absence of any evidence to the contrary. In my opinion, both *Gorgichuk* and *Rogers* were wrongly decided.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Bastedo, Cooper, Kluwak & Shostack, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

preuve tendant à établir que la substance ou la solution est inappropriée. Je suis d'avis que pour prouver la perpétration de l'infraction il suffit à la poursuite d'établir que l'al. (1)a) s'applique à l'accusé et de produire le certificat prévu à l'al. (1)f) ou de prouver par témoignage oral que les trois exigences énoncées à l'al. (1)c) ont été remplies.

Le législateur a créé une nouvelle infraction dont l'*actus reus* comprend le taux prohibé d'alcool dans le sang; il a établi une procédure pratique pour la prouver. Avec égards, il n'appartient pas aux tribunaux d'aller à l'encontre de l'objet louable de la loi, qui est de retirer de la circulation les personnes dont l'alcoolémie dépasse la limite permise, en ajoutant, comme élément de la preuve de l'infraction, la nécessité de procéder à l'analyse de la solution dans chaque cas. Je dois «aborder la question en me demandant quel est le délit visé par la Loi» [...] et éviter d'interpréter l'article comme s'il comportait des exigences formalistes qui ne découlent pas des termes employés par le législateur.

En bref, la poursuite peut se prévaloir de la présomption créée à l'al. 237(1)c) en soumettant la preuve, soit par certificat, soit par témoignage oral, des trois éléments qui y sont mentionnés. Rien d'autre n'est exigé en l'absence de toute preuve contraire. A mon avis, les arrêts *Gorgichuk* et *Rogers* sont mal fondés.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Bastedo, Cooper, Kluwak & Shostack, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.