

Scott Douglas Oliver, Kirt Harold Oliver and William Henderson *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1981: June 8; 1981: October 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Charge of illegally importing heroin — Doubt as to the nature of the substance — Details of preparation of standard graph unknown by analyst — “Evidence to the contrary” disproved the effect of analyst’s certificate — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 5, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 237.

Appeal — Crown’s appeal from acquittal limited to questions of law — Trial judge’s determination as to what procedure the analyst followed is one of fact — Trial judge’s determination must prevail — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 605(1)(a).

Appellants were acquitted of illegally importing a narcotic. The trial judge was not satisfied that the known standard graph on which the whole analysis was based was prepared properly and, as a result, he had some doubt as to the nature of the substance alleged to be heroin. The Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and ordered a new trial.

Held: The appeals should be allowed.

There was evidence upon which the trial judge could in law entertain a reasonable doubt as to the identity of the suspect substance. Though a certificate of analysis does create a presumption, the words “evidence to the contrary” in s. 9 of the *Narcotic Control Act* should not be construed so as to confer upon an analyst’s assertions in a certificate any ultimately greater probative value than when those same assertions are adduced under oath in court. “Evidence to the contrary” is any evidence which tends to put in doubt the probative value Parliament has legislatively conferred upon statements contained in a s. 9 certificate.

R. v. Moreau, [1979] 1 S.C.R. 261, referred to.

Scott Douglas Oliver, Kirt Harold Oliver et William Henderson *Appellants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1981: 8 juin; 1981: 20 octobre.

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’ALBERTA

Droit criminel — Preuve — Accusation d’importation illégale d’héroïne — Doute quant à la nature de la substance — Détails de la préparation du graphique étalon inconnus de l’analyste — «Preuve contraire» à l’encontre du certificat de l’analyste — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 modifié, art. 237.

Appel — Appel de la poursuite à l’encontre de l’acquittement restreint à des questions de droit — Conclusion du juge du procès sur la procédure suivie par l’analyste est une question de fait — La conclusion du juge du procès doit prévaloir — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605(1)a).

Les appelants ont été acquittés de l’infraction d’importation illégale d’un stupéfiant. Le juge du procès n’était pas convaincu que le graphique étalon connu à partir duquel toute l’analyse a été effectuée avait été préparé de la façon prescrite et, par conséquent, il avait un doute quant à la nature de la substance présentée comme de l’héroïne. La Cour d’appel a accueilli l’appel de la poursuite et a ordonné un nouveau procès.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

Il y avait une preuve sur laquelle le juge du procès pouvait, en droit, fonder un doute raisonnable quant à la nature de la substance suspecte. Bien qu’un certificat d’analyse crée effectivement une présomption, les mots «preuve contraire» à l’art. 9 de la *Loi sur les stupéfiants* ne devraient pas être interprétés de façon à conférer aux affirmations que l’analyste fait dans un certificat une plus grande valeur probante en dernier ressort que lorsque ces mêmes affirmations sont faites sous serment devant la cour. Constitue une «preuve contraire» toute preuve qui tend à mettre en doute la valeur probante que le Parlement, de par la loi, a conférée aux déclarations contenues dans le certificat visé à l’art. 9.

Jurisprudence: *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261.

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal of Alberta allowing the Crown's appeal from the acquittal of the appellants on a charge of importing a narcotic. Appeals allowed.

Peter B. Gunn, for the appellant Scott D. Oliver.

Alex Pringle, for the appellant Kirt H. Oliver.

P. G. Lister, for the appellant William Henderson.

J. A. Scollin, Q.C., and *S. R. Fainstein*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The appellants were charged with, tried jointly and were acquitted of unlawfully importing a narcotic contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, in the District Court of Alberta, in Edmonton.

The Crown's appeal of the acquittal to the Alberta Court of Appeal was allowed (Clement and Prowse J.J.A., Moir J.A., dissenting) and a new trial ordered.

The three accused are now before this Court as of right pursuant to the provision of s. 618(2)(a) of the *Criminal Code* of Canada. At trial the Crown filed certificates of analysis, pursuant to s. 9(1) of the *Narcotic Control Act*:

9. (1) Subject to this section, a certificate of an analyst stating that he has analyzed or examined a substance and stating the result of his analysis or examination is admissible in evidence in any prosecution for an offence mentioned in subsection 7(1), and in the absence of evidence to the contrary is proof 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.

It will suffice to reproduce here one of the certificates, the others being essentially identical, any variations being of no relevance when considering the issues raised by these appeals:

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public de l'acquiescement des appelants accusés d'importation d'un stupéfiant. Pourvois accueillis.

Peter B. Gunn, pour l'appelant Scott D. Oliver.

Alex Pringle, pour l'appelant Kirt H. Oliver.

P. G. Lister, pour l'appelant William Henderson.

J. A. Scollin, c.r., et *S. R. Fainstein*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Les appelants ont été accusés, jugés conjointement et acquittés, en Cour de district de l'Alberta, à Edmonton, de l'infraction d'importation d'un stupéfiant en contravention du par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1.

La Cour d'appel de l'Alberta (les juges Clement et Prowse, le juge Moir étant dissident) a accueilli l'appel, par la Couronne, du verdict d'acquiescement et a ordonné un nouveau procès.

Les trois accusés se pourvoient de plein droit devant cette Cour conformément aux dispositions de l'al. 618(2)a) du *Code criminel* du Canada. Au procès, la poursuite a produit des certificats d'analyse conformément au par. 9(1) de la *Loi sur les stupéfiants*:

9. (1) Sous réserve du présent article, le certificat d'un analyste portant qu'il a analysé ou examiné une substance et énonçant le résultat de son analyse ou de son examen est recevable en preuve dans toute poursuite pour une infraction mentionnée au paragraphe 7(1) et, en l'absence de preuve contraire, constitue une preuve des déclarations qu'il contient sans qu'il soit nécessaire d'établir l'authenticité de la signature de la personne paraissant avoir signé le certificat ni de justifier de sa qualité officielle.

Il suffit de reproduire ici un de ces certificats, les autres étant essentiellement identiques, les différences n'ayant aucune importance aux fins de l'examen des questions que soulèvent ces pourvois:

ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE
CRIME DETECTION LABORATORIES

CERTIFICATE OF ANALYSIS

I, Anthony Paul Sellar of the city of Edmonton in the Province of Alberta, being a person designated as an analyst by the Governor in Council for the purpose of the Narcotic Control Act, being Chapter N-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as amended, DO HEREBY CERTIFY:

THAT, on the 28th day of January 1977, at Edmonton in the Province of Alberta there was produced to me by Corporal R. J. Williams, Edmonton, Alberta, one sealed brown envelope containing one plastic bag containing a second plastic bag containing a white powder which bore the following markings:

(a) On the said envelope:

"RJW

27-1-77

A "

THAT I marked the said envelope:

"APS 77E-566 Jan 28/77"

THAT I performed a chemical analysis on white powder contained inside the said inner plastic bag, and found it to contain Diacetylmorphine (heroin).

I FURTHER CERTIFY that this Certificate of Analysis is true to the best of my skill and knowledge.

Dated this 16th day of February 1977 at Edmonton in the Province of Alberta.

LAB. FILE NO.
77E-566

(signed) A. P. Sellar
ANALYST

The appellants with leave of the trial court cross-examined the analyst. He described the procedure that is generally followed, which comprises five steps, in the following terms:

The combined effect of the first three tests was to narrow the identity of the substance but, even taken collectively, they do not result in a specific test for heroin; and the fourth test is used to quantify the amount of the suspect substance, and only the fifth test was specific to the substance analysed; as regards the fifth test, the substance is placed in a machine which produces a graph.

GENDARMERIE ROYALE DU CANADA
LABORATOIRES JUDICIAIRES

CERTIFICAT D'ANALYSE

Je, Anthony Paul Sellar, de la ville d'Edmonton dans la province d'Alberta, ayant été désigné(e) analyste par le gouverneur en conseil, aux fins de la Loi sur les stupéfiants, soit le Chapitre N-1 des Statuts révisés du Canada 1970, dans leur forme modifiée, ATTESTE PAR LES PRÉSENTES:

QUE, le 28^e jour de janvier 1977, à Edmonton, dans la province d'Alberta, j'ai bien reçu du caporal R. J. Williams d'Edmonton, Alberta, une enveloppe brune scellée contenant un sac de plastique contenant un sachet de plastique contenant une poudre blanche portant les marques suivantes:

a) Sur ladite enveloppe:

«RJW

27-1-77

A »

QUE j'ai bien marqué comme suit ladite enveloppe:

«APS 77E-566 28 jan/77»

QUE j'ai bien procédé à une analyse chimique de la poudre blanche contenue dans le sachet de plastique qui s'y trouvait, et je constate qu'il contient de la Diacétylmorphine (héroïne).

DE PLUS, J'ATTESTE qu'au meilleur de ma connaissance et de mon habileté, ce certificat d'analyse est vrai.

Fait ce 16^e jour de février 1977, à Edmonton dans la province d'Alberta.

N° DE DOSSIER
DU LABORATOIRE
77E-566

L'ANALYSTE
(signé) A. P. Sellar

Avec la permission du juge du procès, les appelants ont contre-interrogé l'analyste. Il a décrit de la façon suivante la procédure généralement suivie, qui comporte cinq étapes:

[TRADUCTION] L'effet combiné des trois premiers tests était de cerner l'identité de la substance, mais même considérés collectivement, ils ne constituent pas un test spécifique pour l'héroïne. Le quatrième test est utilisé pour déterminer la quantité de substance suspecte présente. Seul le cinquième test visait spécifiquement la substance analysée; en ce qui a trait au cinquième test, la substance est placée dans un appareil qui produit un graphique.

What is then done, once this graph is obtained, was described by the analyst as follows:

- Q. Well, I presume when you get a graph out of that machine, you in fact compare it to another graph from what you would call a known standard, is that correct?
- A. Yes, sir.
- Q. And that known standard graph is obtained where?
- A. The samples of material that we use as standards, are provided to us by the Health Protection Branch in Ottawa, and tests are run on these particular samples to refer the graphs obtained with literature values to prove their authenticity.

Then, as regards the procedure followed in the present case once the graph was obtained, he testified as follows:

- Q. Did you do an analysis of the standard of the graph of which you compared to these?
- A. At that time I did not run a standard, no, not on the infrared test.
- Q. To be clear, when you were given, or obtained, in either case, the graph, the four graphs resulting from the four infrared tests done in this case, what precisely did you do with them?
- A. I compared them to a graph of heroin that was done prior, of the heroin standard, pardon me, obtained from Ottawa.
- Q. Who did that analysis, do you know?
- A. No, sir.
- Q. You don't know when it was done?
- A. Well, it is done periodically, any time a new batch comes in. I believe the standard samples, or standard graphs that are used right now have been run by myself.
- Q. Right now?
- A. The ones they are using now, yes, sir.
- Q. But at this time you don't know who it was?
- A. No, sir.
- Q. Did you compare it to anything else?
- A. Not at that time, no.

(My underlining.)

L'analyste a décrit comme suit ce qui est fait une fois le graphique obtenu:

[TRADUCTION]

- Q. Bien, je suppose que lorsque vous obtenez un graphique au moyen de cet appareil, vous le comparez en fait à un autre graphique obtenu de ce que vous pourriez appeler un étalon connu, est-ce exact?
- R. Oui, monsieur.
- Q. Et d'où provient ce graphique d'un étalon connu?
- R. Les échantillons des produits que nous utilisons comme étalons nous sont fournis par la Direction de la protection de la santé à Ottawa, et, afin d'en établir l'authenticité, des tests sont faits avec ces échantillons pour comparer les graphiques obtenus à des données établies.

Par la suite, en ce qui a trait à la procédure suivie en l'espèce après avoir obtenu le graphique, il a rendu témoignage comme suit:

[TRADUCTION]

- Q. Avez-vous analysé l'étalon qui a donné le graphique auquel vous avez comparé ceux-ci?
- R. A ce moment-là, je n'ai pas analysé l'étalon, non, pas lors du test à l'infrarouge.
- Q. Pour être clair, lorsqu'on vous a remis le graphique, ou lorsque vous l'avez obtenu, quel que soit le cas, les quatre graphiques obtenus des quatre tests à l'infrarouge faits en l'espèce, qu'en avez-vous fait précisément?
- R. Je les ai comparés à un graphique d'héroïne qui avait déjà été fait, de l'héroïne étalon, je m'excuse, obtenu(e) d'Ottawa.
- Q. Qui a fait cette analyse, le savez-vous?
- R. Non, monsieur.
- Q. Vous ne savez pas quand elle a été faite?
- R. Bien, elle est faite périodiquement, chaque fois qu'un nouveau lot arrive. Je crois que j'ai moi-même fait les échantillons étalons, ou les graphiques étalons qui sont utilisés actuellement.
- Q. Actuellement?
- R. Ceux qu'ils utilisent actuellement, oui, monsieur.
- Q. Mais à ce moment-là, vous ne savez pas qui les avait faits?
- R. Non, monsieur.
- Q. L'avez-vous comparé à quelque chose d'autre?
- R. Pas à ce moment-là, non.

(C'est moi qui souligne.)

The description by the analyst of the procedure usually followed is, to me, clear. There is however some ambiguity as to the procedure in the present case when one considers the passage of the analyst's testimony which I have underlined. Indeed one could read that passage, as we will see did the Court of Appeal, as indicating that what he compared the graph to was a graph done on heroin in Ottawa and then sent by Ottawa to his laboratory in Edmonton, and not, as the usual procedure he described, to a graph prepared in his laboratory in Edmonton on heroin obtained from Ottawa.

The trial judge, in his reasons, said:

In this case we don't know anything about the substance that was sent from Ottawa, nor do we know who prepared that standard chart in Edmonton.

The Court I think is entitled to look at the expertise of the analyst and to determine whether or not he in fact performed his duties properly and that as a result of the tests which he performed, whether his opinion is correct. Here I think the weakness in the analysis is in that chart to which the analyst compared the chart from the substance before the Court. We know nothing about that chart. The witness did not prepare it, nor did he apparently know who prepared it.

On the basis of that chart I'm satisfied that the substance is heroin, but the difficulty I have is whether that original chart was one in fact of heroin and who prepared it and other matters relating to proof of that standard chart.

The whole analysis, as I understand the evidence of the analyst, is based upon that standard chart. If that standard chart is not correct in any way, then obviously the results of the tests are faulty. Here I'm not suggesting for a moment that the standard chart was faulty, but what I am saying is that without proof of somebody having prepared that from the known substance being produced before the Court, then that standard chart has not been satisfactorily proven before me.

The result is that I come to the conclusion that I have some doubt as to the nature of the substance, and as such the accused are entitled to be acquitted.

Notwithstanding the aforementioned ambiguity as to the procedure actually followed, which in my

La description qu'a faite l'analyste de la procédure habituellement suivie me paraît claire. Il y a cependant une ambiguïté quant à la procédure suivie en l'espèce lorsqu'on examine le passage que j'ai souligné du témoignage de l'analyste. En effet, on peut voir dans ce passage, comme nous le verrons l'a fait la Cour d'appel, une indication que ce à quoi il a comparé le graphique était un graphique d'héroïne fait à Ottawa puis envoyé par Ottawa à son laboratoire à Edmonton, et non, selon la procédure habituelle qu'il a décrite, à un graphique établi dans son laboratoire à Edmonton sur de l'héroïne obtenue d'Ottawa.

Dans les motifs de son jugement, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] En l'espèce, nous ne savons rien de la substance qui a été envoyée d'Ottawa, et nous ne savons pas non plus qui a établi ce graphique étalon à Edmonton.

J'estime que la Cour est en droit de s'interroger sur l'expertise de l'analyste et de décider si, en fait, il a accompli sa tâche correctement et si, suite aux tests qu'il a effectués, son opinion est exacte. Ici, je crois que la faiblesse de l'analyse réside dans le graphique auquel l'analyste a comparé le graphique obtenu de la substance produite à la Cour. Nous ne savons rien de ce graphique. Le témoin ne l'a pas établi, et il ne semble pas savoir qui l'a établi.

Selon ce graphique, je suis convaincu que la substance est de l'héroïne, mais la difficulté est de savoir si ce graphique original provient de fait de l'héroïne, qui l'a établi et d'autres questions relatives à la preuve de ce graphique étalon.

Selon ce que j'ai pu comprendre du témoignage de l'analyste, toute l'analyse se fonde sur ce graphique étalon. Si ce graphique étalon est de quelque façon inexact, il est évident que les résultats des tests sont erronés. Je ne veux pas dire que ce graphique étalon était erroné, mais je dis que si l'on n'a pas de preuve que quelqu'un l'a établi à partir de la substance connue produite devant la Cour, alors ce graphique étalon n'a pas été prouvé à ma satisfaction.

En définitive, je dois conclure que j'ai un doute sur la nature de la substance, et par conséquent les accusés ont droit d'être acquittés.

Nonobstant l'ambiguïté déjà mentionnée quant à la procédure réellement suivie, laquelle, à mon

opinion is very slight when one reads the passage in context, a reading of the trial judge's reasons indicates that the trial judge resolved the problem, if any, by making two determinations of fact: one as regards the procedure usually followed in that laboratory, and one as regards the procedure followed in the present case.

As determined by the trial judge, the procedure usually followed by the analyst is that the substance obtained from the Health Protection Branch in Ottawa, and which is expected to be heroin, is run through the laboratory's infrared spectrophotometric machine to obtain a graph which is then compared to known acceptable "literature values" in order to ascertain that the substance received from Ottawa was in fact heroin and, if so, to then have a working standard graph from the machine. Once a standard graph is so obtained, the graphs of suspect substances are then compared to this standard for the purpose of ascertaining whether the suspect substance is or is not heroin.

As regards the present case, the judge determined that what the analyst compared the graph to was a graph the analyst assumed had been prepared in Edmonton in the usual manner on heroin obtained from Ottawa, and not, as could have well been the trial judge's finding when considering part of the analyst's testimony, to a graph obtained from Ottawa.

Also, as the witness had not prepared nor had he overseen the preparation of the standard graph nor did he even know who had done so, all he could testify to, as a result, was that the graph of the suspect substance indicated that it was heroin but only if and to the extent the substance used to prepare the standard graph was itself heroin, a factual prerequisite he could not personally affirm.

The reliability of the fifth test having been put in some doubt, there was an attempt on the part of the Crown in the course of a re-examination to have the expert establish the presence of heroin through the first four tests:

avis, est bien minime si on lit le passage dans son contexte, on voit à la lecture de ses motifs de jugement que le juge du procès a résolu le problème, si problème il y a, en tirant deux conclusions de fait: une relative à la procédure habituellement suivie dans ce laboratoire, et une relative à la procédure suivie en l'espèce.

Selon la première conclusion de fait du juge du procès, la procédure que suit habituellement l'analyste est la suivante. La substance obtenue de la Direction de la protection de la santé à Ottawa, et qui est censée être de l'héroïne, est soumise à l'appareil spectrophotométrique à l'infrarouge du laboratoire pour obtenir un graphique qui est alors comparé à des «données établies» connues et acceptables afin de s'assurer que la substance reçue d'Ottawa est en fait de l'héroïne et, si c'est le cas, d'obtenir ainsi au moyen de l'appareil un graphique étalon de référence. Après avoir ainsi obtenu un graphique étalon, on compare les graphiques des substances suspectes à cet étalon afin de déterminer si la substance suspecte est de l'héroïne.

Pour ce qui est de la procédure suivie en l'espèce, le juge a conclu que l'analyste a comparé le graphique à un graphique que l'analyste supposait avoir été préparé à Edmonton de la manière habituelle à partir de l'héroïne obtenue d'Ottawa et non, comme aurait bien pu conclure le juge du procès en examinant une partie du témoignage de l'analyste, à un graphique obtenu d'Ottawa.

Aussi, comme le témoin n'avait pas préparé le graphique étalon, qu'il n'en avait pas surveillé la préparation et qu'il ne savait même pas qui l'avait fait, tout ce dont il pouvait témoigner, c'est que le graphique de la substance suspecte indiquait qu'il s'agissait d'héroïne mais seulement si et dans la mesure où la substance utilisée pour préparer le graphique étalon était elle-même de l'héroïne, une condition de fait préalable qu'il ne pouvait affirmer personnellement.

La valeur du cinquième test ayant été mise en doute, la poursuite a tenté, au cours d'un nouvel interrogatoire, d'amener l'expert à établir la présence d'héroïne au moyen des quatre premiers tests:

Q. Now we have gone into a lot of similarities, and ups and downs and waves and all the rest of it. I don't really follow it too much, I just got a B.A. Maybe you can explain to us all, like myself, and I may be the only one here that doesn't understand it, so perhaps you can explain how you came to the conclusion that it was diacetylmorphine heroin?

A. By the performance of the tests done.

Q. Well, how did all the tests relate together, can you explain that?

A. Well, when you start off with a Marquis Test, the colour test, if you have a purplish colour, it generally indicates that an opiate may be present, not exclusively, but there would be an opiate suggested.

The second test would be to run an ultra-violet spectrophotometric test. In this particular instance with all four exhibits I did not get a U.V., or ultraviolet scan consistent with heroin. It was more consistent with caffeine. Because of the presence of caffeine that was indicated, I then had to isolate the heroin from the compound, and identify it separate from the caffeine.

Q. So what did you do?

A. This is when I did a column chromatographic procedure, where I would separate basic drugs, such as heroin, from neutral drugs, such as caffeine. The basic extract was then examined by infrared spectrophotometry.

Q. And from your performance of the test—how often had you used this infrared test before?

A. How many times have I used it?

Q. Yes?

A. I believe that model has been there most of the time that I have been using infrared, so maybe a couple of years that that particular model of instrument would be there. So it would be 50 to 100 times both with respect to heroin and with respect to other drugs.

Q. Did you have any difficulty in interpreting the charts that you obtained?

A. Not with these particular ones, no, sir.

And later on said:

Q. Did you do that with the samples you have before the Court today?

A. I did compare them to the standard spectrum, yes.

Q. In your opinion what is the drugs we have here?

A. Diacetylmorphine heroin was indicated in all four exhibits.

TRANSLATION]

Q. Bon, nous avons vu un tas de similarités, des hauts, des bas, des ondulations et tout le reste. Je m'y perds un peu, je n'ai qu'un B.A. Vous pouvez peut-être expliquer, à nous tous comme à moi-même, et je suis peut-être le seul ici à ne pas comprendre, alors vous pouvez peut-être nous expliquer comment vous avez pu conclure que c'était de l'héroïne diacétylmorphine?

R. Par le résultat des tests effectués.

Q. Bien, comment tous ces tests s'apparentent-ils, pouvez-vous expliquer cela?

R. Bien, quand vous commencez par un test de Marquis, le test de la couleur, si vous avez une couleur violâtre, cela indique généralement la présence d'un opiacé, pas exclusivement, mais il pourrait y avoir un opiacé.

Le second test serait un test spectrophotométrique à l'ultraviolet. Dans ce cas précis, pour les quatre sachets, je n'ai pas eu un U.V., une lecture à l'ultraviolet compatible avec l'héroïne. Ça indiquait plutôt de la caféine. À cause de l'indication de la présence de caféine, j'ai dû isoler l'héroïne du composé, et l'identifier séparément.

Q. Alors, qu'avez-vous fait?

R. C'est là que j'ai procédé à une colonne chromatographique pour séparer les stupéfiants de base, telle l'héroïne, des drogues neutres, telle la caféine. L'extrait de base a alors été examiné par spectrophotométrie à l'infrarouge.

Q. Et à partir de ce test—combien de fois aviez-vous utilisé ce test à l'infrarouge auparavant?

R. Combien de fois je l'ai utilisé?

Q. Oui?

R. Je crois que nous avons ce modèle à peu près depuis le moment où j'ai commencé à utiliser l'infrarouge, donc il y a peut-être deux ans qu'un instrument de ce modèle-là est là. Alors disons 50 à 100 fois tant pour l'héroïne que pour les autres drogues.

Q. Avez-vous eu des difficultés à interpréter les graphiques que vous avez obtenus?

R. Pas avec ceux-ci, non, monsieur.

et plus loin, il a dit:

TRANSLATION]

Q. L'avez-vous fait avec les échantillons qui sont devant la Cour aujourd'hui?

R. Je les ai comparés au spectre étalon, oui.

Q. À votre avis, quelle drogue avons-nous ici?

R. De l'héroïne diacétylmorphine apparaissait dans chaque sachet.

Q. Did you have any difficulty coming to that conclusion?

A. No, sir. Infrared is used by our laboratory as a confirmation test, but because of the other tests that were performed prior to the infrared, we have a very great indication that heroin is indeed present, and we expect it to react the way it did.

Q. So there was no surprise.

A. No, sir.

At best, the conclusion that could be drawn from the first four tests is the strong probability of the presence of "basic drugs", but which could only be said to be heroin once subjected to infrared spectrophotometry. In passing it should be noted that there was no attempt on the part of the Crown to obtain an adjournment for the purpose of perfecting the infrared spectrophotometric test done on the suspect substance which was being challenged. The Crown, as was its right, preferred relying on the certificate and to argue a limited interpretation as to what may constitute "evidence to the contrary".

In the Court of Appeal all three judges predicated their opinion on the assumption that what the analyst in Edmonton compared the graphs of suspect material to was a graph of heroin prepared in Ottawa. Prowse J.A. then said:

I see no reason why a reference standard prepared by the Department designated by the Parliament of Canada to administer the relevant legislation relating to drugs and narcotics should not be accepted by the Courts, in the absence of evidence to the contrary, as a proper reference standard for determining the nature of a substance falling within such acts. No attack was made on the standard and no evidence was adduced which would raise a doubt as to its accuracy. In fact, as soon as the defence inadvertently strayed into an area where the analyst was about to point out the difference between a heroin and cocaine chart the questioning abruptly changed course.

He then concluded that the appeal should be allowed and a new trial ordered.

Moir J.A. took the view that the Crown was relying on hearsay:

... as the control graph was made up by some unknown person in some unidentified department in Ottawa using some unidentified substance ...

and would have dismissed the appeal.

Q. Avez-vous eu de la difficulté à tirer cette conclusion?

R. Non monsieur. L'infrarouge est utilisé dans nos laboratoires à titre de test corroboratif, mais à cause des autres tests effectués avant l'infrarouge, nous avons une très forte indication de la présence d'héroïne, et nous nous attendons à ce qu'elle réagisse comme elle l'a fait.

Q. Il n'y a donc pas eu de surprise?

R. Non, monsieur.

Tout au plus, la conclusion qu'on peut tirer des quatre premiers tests est une forte probabilité de la présence de «drogue de base», mais qui ne peut être qualifiée d'héroïne qu'après avoir été soumise à la spectrophotométrie à l'infrarouge. Il faut souligner en passant que la poursuite n'a pas tenté d'obtenir un ajournement aux fins de parfaire le test spectrophotométrique à l'infrarouge sur la substance suspecte, test dont la valeur était contestée. La poursuite, comme elle en avait le droit, a préféré s'appuyer sur le certificat et invoquer une interprétation restrictive de ce qui peut constituer une «preuve contraire».

En Cour d'appel, les trois juges ont appuyé leur opinion sur l'hypothèse que ce à quoi l'analyste d'Edmonton a comparé les graphiques des substances suspectes était un graphique d'héroïne préparé à Ottawa. Le juge Prowse a dit:

[TRADUCTION] Je ne vois pas pourquoi un étalon témoin préparé par le ministère que le Parlement canadien a désigné pour appliquer les lois relatives aux drogues et aux stupéfiants ne devrait pas être accepté par les cours, en l'absence de preuve contraire, comme un étalon témoin valable pour établir la nature d'une substance que visent ces lois. On ne s'est pas attaqué à l'étalon et on n'a produit aucune preuve qui soulève un doute quant à sa précision. En fait, dès que la défense s'est engagée par inadvertance dans un domaine où l'analyste allait souligner la différence entre un graphique d'héroïne et de cocaïne, l'interrogatoire a subitement changé d'orientation.

Il a alors décidé d'accueillir l'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Le juge Moir était d'avis que la poursuite s'appuyait sur du oui-dire:

[TRADUCTION] ... puisque le graphique témoin avait été fait par une personne inconnue dans un ministère non identifié d'Ottawa, qui s'était servi d'une substance non identifiée ...

et était d'avis de rejeter l'appel.

Clement J.A. dealt with the issue as follows:

No evidence was tendered that the substance was not heroin or other narcotic falling within the indictment. What must be examined is the evidence of Sellar to determine whether it can sustain a reasonable doubt on the accuracy of the *prima facie* case: that is to say, did it sufficiently rebut the fact of which the certificate was *prima facie* proof, namely that the substance with which the respondents were charged with importing was a narcotic, *viz.* heroin.

He then analysed the evidence and concluded:

In the end, Sellar affirmed his conclusion that the substance he analyzed contained heroin. I find nothing in the evidence which could support a reasonable doubt on this conclusion. I would allow the appeal and vacate the acquittal.

I am in agreement with Mr. Justice Prowse that a new trial must be ordered.

With deference, I do not think that the issue dealt with by Prowse and Moir J.J.A. in the Court of Appeal arises. Indeed, as this was an appeal to their Court by the Crown, the issues of law that could be considered were those that arose from the facts as they had been determined by the trial judge. The determination as to what procedure the analyst followed is one of fact and can only be set aside pursuant to an appeal by the Crown when, as a matter of law, there is no evidence upon which the determination arrived at could reasonably have been predicated.

Such is not the present case.

As said earlier, the trial judge determined that the analyst compared his graph to a graph he the analyst assumed had been prepared in his laboratory; the judges in the Court of Appeal, either because they thought the trial judge had determined otherwise or because they made their own determination on that point of fact, dealt with the appeal as if the analyst had compared his graph of the suspect substance to a graph sent to his laboratory by Ottawa. The trial judge's determination, whether we agree with it or not (and with which in passing I might say I agree), must prevail, as the

Le juge Clement a examiné la question comme suit:

[TRADUCTION] On n'a présenté aucune preuve que la substance n'était pas de l'héroïne ou un autre stupéfiant visé par l'acte d'accusation. Ce qu'il faut examiner, c'est si le témoignage de Sellar peut donner ouverture à un doute raisonnable quant à l'exactitude de la preuve *prima-facie*: c'est-à-dire, est-ce que ce témoignage a réfuté de façon suffisante le fait dont le certificat fait preuve *prima-facie*, soit que la substance que les intimés étaient accusés d'avoir importée était un stupéfiant, savoir de l'héroïne.

Il a alors analysé la preuve et il a conclu:

[TRADUCTION] A la fin, Sellar a confirmé sa conclusion que la substance qu'il a analysée contenait de l'héroïne. A mon avis rien dans la preuve ne peut susciter un doute raisonnable quant à cette conclusion. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'infirmer l'acquiescement.

Je souscris à l'opinion du juge Prowse d'ordonner un nouveau procès.

Avec égards, je ne crois pas que se pose la question qu'ont examinée, en Cour d'appel, les juges Prowse et Moir. En effet, comme il s'agissait d'un appel par la poursuite, les questions de droit que la Cour d'appel pouvait examiner étaient celles découlant des faits tels que le juge du procès les avait constatés. La conclusion quant à la procédure que l'analyste a suivie en est une de fait. Elle ne peut être écartée, sur un appel de la Couronne, que si on ne peut la fonder raisonnablement sur aucune preuve disponible, ce qui en ferait une question de droit.

Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Comme je l'ai déjà dit, le juge du procès a conclu que l'analyste avait comparé son graphique à un graphique que lui, l'analyste, supposait avoir été préparé dans son laboratoire; les juges de la Cour d'appel, soit parce qu'ils croyaient que le juge du procès avait conclu autrement ou parce qu'ils ont tiré leur propre conclusion sur cette question de fait, ont examiné l'appel comme si l'analyste avait comparé son graphique de la substance suspecte à un graphique envoyé par Ottawa à son laboratoire. La conclusion du juge du procès, que nous y souscrivions ou non (et je dois dire en

Court of Appeal was, on an appeal by the Crown from an acquittal, limited to entertaining questions of law alone (s. 605(1)(a)).

As a result the question whether an analyst need verify a standard of some official character furnished by the government in Ottawa before relying on it to draw a conclusion with respect to suspect substances does not arise; and neither arises the question whether evidence that he did not so verify the Ottawa graph may or may not be, as a question of law, "evidence to the contrary", as those words are meant in s. 9 of the *Narcotic Control Act*.

Indeed, as said earlier, the trial judge had determined that what the analyst compared the graph of the suspect substance to was not, as assumed by the Court of Appeal, a graph prepared in Ottawa, but was a graph the analyst assumed had been prepared from a substance received from Ottawa. Having so determined, the judge, at the trial's end, had before him evidence tendered by the analyst that his opinion, as stated both in Court and in his Certificate, was founded on an assumption on the analyst's part that the chart had been prepared by someone qualified, having followed acceptable procedure and on a substance that was in fact heroin.

The issue before the Court of Appeal was whether there was some evidence upon which the trial judge could in law entertain, as he did, a reasonable doubt as to the fact that the suspect substance was heroin. When considering only the analyst's opinion evidence given in court, in my opinion there clearly was.

As the Crown had relied on the presumption enjoyed by the analyst's certificate, the only remaining question was whether evidence of the fact that he predicated his certificate on such an assumption could be "evidence to the contrary", as those words are intended in s. 9. I think so.

"Evidence to the contrary" is any evidence which tends to put in doubt the probative value Parliament has legislatively conferred upon the statements contained in a s. 9 certificate. This

passant que j'y souscris), doit prévaloir, puisque la Cour d'appel, lors d'un appel de la poursuite sur un acquittement, doit se limiter à l'examen de questions de droit seulement (al. 605(1)a)).

Par conséquent, ne se pose pas la question de savoir si un analyste doit vérifier l'étalon ayant un certain caractère officiel que lui fournit le gouvernement à Ottawa avant de s'appuyer sur cet étalon pour tirer une conclusion relative à des substances suspectes; et ne se pose pas non plus la question de savoir si la preuve qu'il n'a pas vérifié le graphique provenant d'Ottawa peut, en droit, être une «preuve contraire» au sens que l'art. 9 de la *Loi sur les stupéfiants* donne à ces mots.

En effet, comme je l'ai déjà dit, le juge du procès a conclu que ce à quoi l'analyste a comparé le graphique de la substance suspecte n'était pas, comme l'a supposé la Cour d'appel, un graphique établi à Ottawa, mais un graphique que l'analyste a supposé avoir été préparé à partir d'une substance reçue d'Ottawa. Ayant ainsi conclu, le juge, à la fin du procès, avait une preuve fournie par l'analyste portant que son opinion, énoncée tant devant la Cour que dans son certificat, était basée sur l'hypothèse qu'il faisait que le graphique avait été préparé par une personne qualifiée, qui avait suivi une procédure acceptable, et à partir d'une substance qui était en fait de l'héroïne.

Devant la Cour d'appel, la question était de savoir s'il y avait, en droit, une preuve permettant au juge du procès d'entretenir un doute raisonnable sur le fait que la substance suspecte était de l'héroïne. Examinant uniquement le témoignage d'opinion que l'analyste a rendu en cour, j'estime que cette preuve était évidente.

Comme la poursuite s'est appuyée sur la présomption qui s'attache au certificat de l'analyste, la dernière question à résoudre était de savoir si la preuve qu'il a appuyé son certificat sur cette hypothèse pouvait être une «preuve contraire» au sens que l'art. 9 donne à ces mots. Je suis d'avis que oui.

Constitue une «preuve contraire» toute preuve qui tend à mettre en doute la valeur probante que le Parlement, de par la loi, a conférée aux déclarations contenues dans le certificat visé à l'art. 9.

evidence may be in regard to the analyst himself, his qualifications, integrity, or in regard of the procedures he followed to draw his conclusions. Section 9 has been enacted to dispense with the calling of experts to testify in cases where the nature of the suspect substance is not really in issue. Though, at the outset, a certificate does create a presumption, the words "evidence to the contrary" should not be construed so as to confer upon an analyst's assertions in a certificate any ultimate greater probative value than when those same assertions are adduced under oath in court.

"Evidence to the contrary", as regards an analyst's conclusions set out in a certificate, as those words are meant in s. 9, is any evidence upon which a trier of fact could as a matter of law rest a reasonable doubt as to that analyst's conclusions had he testified as an expert witness in court.

By inserting the words "and in the absence of evidence to the contrary" in s. 9, Parliament has done no more than spell out, as regards s. 9 certificate evidence, what is in fact the law as regards opinion evidence adduced in the traditional way, indeed as regards any evidence, namely, that a trier of fact cannot arbitrarily set aside lawful evidence, that is, not unless there is some evidence to the contrary upon which his so doing may, as a matter of law, be predicated.

We have been invited by respondent to consider numerous pronouncements by courts and more particularly by this Court concerning the meaning of the words "evidence to the contrary" in s. 237 of the *Criminal Code*, which deals with the analysis of breath, blood or urine, of motor vehicle drivers.

Those pronouncements are unfortunately of little help to us in dealing with what we are concerned with here. True one does see that at s. 237(1)(c) and (c.1) Parliament has used language analogous to that of s. 9 of the *Narcotic Control Act*. However, Parliament has gone much further and spelt throughout s. 237 the procedures

Cette preuve peut viser l'analyste lui-même, sa compétence, son intégrité, ou encore les procédures qu'il a suivies pour tirer ses conclusions. L'article 9 a été adopté pour éviter d'assigner des experts à témoigner dans les cas où la nature de la substance suspecte n'est pas réellement en litige. Bien qu'au départ un certificat crée effectivement une présomption, les mots «preuve contraire» ne devraient pas être interprétés de façon à conférer aux affirmations que l'analyste fait dans un certificat une plus grande valeur probante en dernier ressort que lorsque ces mêmes affirmations sont faites sous serment devant la cour.

En ce qui a trait aux conclusions qu'un analyste a énoncées dans un certificat, constitue une «preuve contraire», au sens que l'art. 9 donne à ces mots, toute preuve sur laquelle le juge des faits pourrait, en droit, appuyer un doute raisonnable à l'égard des conclusions de cet analyste s'il avait témoigné en cour à titre d'expert.

Par l'insertion, à l'art. 9, des mots «et en l'absence de preuve contraire», le Parlement n'a fait rien de plus que d'énoncer de façon particulière pour la preuve faite au moyen du certificat visé à l'art. 9, ce qui, en fait, constitue la règle de droit applicable à la preuve faite par témoignage d'opinion, même plus, applicable à l'égard de toute preuve. Cette règle veut que le juge des faits ne puisse rejeter arbitrairement une preuve légale, c'est-à-dire qu'il ne peut le faire à moins qu'il n'y ait une preuve contraire qui l'autorise, en droit, à la rejeter.

L'intimée nous a suggéré de prendre en considération plusieurs opinions émises par les cours, et en particulier par cette Cour, en ce qui concerne la signification des mots «preuve contraire», employés à l'art. 237 du *Code criminel*, qui traite de l'analyse de l'haleine, du sang ou de l'urine des conducteurs de véhicules à moteur.

Malheureusement, ces opinions ne nous aident guère à résoudre les questions posées en l'espèce. Il est vrai qu'aux al. 237(1)c) et c.1), le législateur a employé un langage similaire à celui de l'art. 9 de la *Loi sur les stupéfiants*. Cependant, le Parlement est allé beaucoup plus loin et a spécifié à l'art. 237 les procédures à suivre et les types d'instruments

to be followed and the types of approved instruments to be used when proceeding to the taking of samples and the analysis thereof.

By enacting s. 237 Parliament has set up, to use the words of my brother Beetz J., in *R. v. Moreau*¹, at p. 272, an elaborate legislative scheme which

... contemplates and provides for elements of positive certainty such as the official approval of certain kinds of instruments, the designation of analysts and qualified technicians, a maximum time period between the commission of the alleged offence and the taking of a breath sample, and the reading by a qualified technician on an approved instrument of a proportion of alcohol in the blood in excess of a specified proportion. Once the conditions prescribed or contemplated by this scheme are fulfilled, a presumption arises against the alleged offender which he can rebut by tendering "evidence to the contrary".

Indeed the scheme contemplates all kinds of evidentiary short cuts and confers upon various sorts of certificates special probative value which then is further buttressed by presumptions created by the different scientific analyses; but these presumptions operate only if the analyst and other persons involved in the process followed the elaborate procedures, and used the approved apparatus required under s. 237. As a result, what may or may not be "evidence to the contrary" under s. 237 of the *Criminal Code* is to be determined in the light of that elaborate legislative scheme. Under the *Narcotic Control Act* the expert is in no way told how to proceed nor is he told to use specifically approved material in the exercise of his art, if his conclusions are to enjoy special probative value. What may or may not be "evidence to the contrary" under one or the other offence must be determined in the light of that difference. The difference of approach by Parliament to the evidentiary problems under s. 237 of the *Criminal Code* and crimes under the *Narcotic Control Act* no doubt reflects a recognition by Parliament of the disparity as to the seriousness between the two types of offences and the disparity in the consequences of a conviction under s. 237 of the *Criminal Code* (usually a fine and some curtailment of one's driving privileges) and that under s. 5 of the

approuvés qu'il faut utiliser pour prélever les échantillons et les analyser.

En adoptant l'art. 237, le législateur a établi, selon les mots de mon collègue le juge Beetz dans l'arrêt *R. c. Moreau*¹, à la p. 272, un système législatif complexe qui

... envisage et prévoit des éléments certains, comme l'approbation officielle de certains types d'instruments, la désignation d'analystes et de techniciens qualifiés, un délai maximum pour prélever un échantillon d'haleine après l'infraction alléguée et la mesure, par un technicien qualifié utilisant un instrument approuvé, d'un taux d'alcoolémie excédant un chiffre donné. Le fait de satisfaire aux conditions fixées par ce système fait naître une présomption contre le prévenu, qu'il peut réfuter par une «preuve contraire».

De fait, le système permet toutes sortes de raccourcis pour faire la preuve et confère à diverses espèces de certificats une valeur probante particulière qui est ensuite renforcée par les présomptions que créent les diverses analyses scientifiques; mais ces raccourcis ne sont permis et ces présomptions n'opèrent que si l'analyste et les autres intervenants au processus ont suivi à la lettre les procédures complexes, et utilisé les instruments approuvés, prescrits en vertu de l'art. 237. Par conséquent, ce qui peut être une «preuve contraire» en vertu de l'art. 237 du *Code criminel* doit être décidé en fonction de ce système législatif complexe. Dans la *Loi sur les stupéfiants*, on ne dit nullement à l'expert comment procéder, ni quels instruments spécialement approuvés il doit utiliser dans l'exercice de son art pour que ses conclusions aient une valeur probante particulière. Ce qui peut être une «preuve contraire» en vertu de l'une ou l'autre des infractions doit être déterminé en fonction de cette différence. La façon différente dont le Parlement a envisagé les problèmes de preuve en vertu de l'art. 237 du *Code criminel* et les crimes visés par la *Loi sur les stupéfiants* est certainement l'expression de la reconnaissance, par le législateur, de la gravité inégale des deux genres d'infractions, et de la disparité des conséquences d'une condamnation en vertu de l'art. 237 du *Code criminel* (habituelle-

¹ [1979] 1 S.C.R. 261.

¹ [1979] 1 R.C.S. 261.

Narcotic Control Act which carries a possible term of life imprisonment and, in any event, a minimum sentence of seven years.

I am therefore of the view that there was, as a matter of law, "evidence to the contrary", upon which the trial judge could entertain a doubt as to the probative value of the certificate's statement that the substance was heroin; as a result there was, in my view, when considering all of the evidence, parol and certificate, some evidence upon which the judge could have, as he did, a reasonable doubt as to that fact and acquit.

I would allow the appeals of all three appellants, quash the order for a new trial and restore the acquittals.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellant Scott D. Oliver: Gunn & Company, Edmonton.

Solicitors for the appellant Kirt H. Oliver: Pringle, Brimacombe, Edmonton.

Solicitor for the appellant William Henderson: Philip G. Lister, Edmonton.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

ment une amende et une quelconque réduction des privilèges du conducteur) et d'une condamnation en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur les stupéfiants*, qui peut entraîner l'emprisonnement à vie et, de toute manière, une sentence minimale de sept ans de détention.

Je suis donc d'avis qu'il y avait, en droit, une «preuve contraire» sur laquelle le juge du procès pouvait fonder un doute quant à la valeur probante des déclarations contenues dans le certificat portant que la substance était de l'héroïne; par conséquent, si on examine toute la preuve, celle faite oralement comme celle faite par certificat, il existait à mon avis de la preuve sur laquelle le juge a pu fonder, comme il l'a fait, un doute raisonnable quant à ce fait et prononcer l'acquittement.

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois des trois appelants, d'infirmier l'ordonnance d'un nouveau procès et de rétablir les verdicts d'acquittement.

Pourvois accueillis.

Procureurs de l'appelant Scott D. Oliver: Gunn & Company, Edmonton.

Procureurs de l'appelant Kirt H. Oliver: Pringle, Brimacombe, Edmonton.

Procureur de l'appelant William Henderson: Philip G. Lister, Edmonton.

Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.