Samuel Dineley *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada and Attorney General of Quebec *Interveners*

Samuel Dineley *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada et procureur général du Québec *Intervenants*

INDEXED AS: R. *v.* DINELEY

2012 SCC 58

File No.: 33640.

2011: October 13; 2012: November 2.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

RÉPERTORIÉ : R. *c.* DINELEY

2012 CSC 58

N° du greffe : 33640.

2011 : 13 octobre; 2012 : 2 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — "Carter defence" — Accused charged with impaired driving and driving "over 80" — Amendments brought to Criminal Code during accused's trial limiting evidence that may be adduced in defence to raise doubt about reliability of breathalyzer test results — Whether Carter defence available to accused — Whether amendments have retrospective effect to time of alleged offences — Whether amendments affect procedural or substantive rights — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

Legislation — Interpretation — Effect of new legislation — Amendments brought to Criminal Code during accused's trial limiting evidence that may be adduced in defence to raise doubt about reliability of breathalyzer test results — Whether amendments have retrospective effect to time of alleged offences — Whether amendments affect procedural or substantive rights — Whether Parliament provided for preservation of evidence for cases that began before amendments came

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

Droit criminel — Moyens de défense — « Défense de type Carter » — Accusé inculpé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 » — Modifications apportées au Code criminel durant le procès de l'accusé limitent les éléments de preuve qui peuvent être produits en défense pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l'utilisation d'un alcootest — L'accusé peut-il se prévaloir de la défense de type Carter? — Les modifications s'appliquent-elles rétrospectivement au moment où les infractions reprochées auraient été commises? — Les modifications portent-elles atteinte à des droits procéduraux ou substantiels? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c), d.01) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

Législation — Interprétation — Effet d'une nouvelle loi — Modifications apportées au Code criminel durant le procès de l'accusé limitent les éléments de preuve qui peuvent être produits en défense pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l'utilisation d'un alcootest — Les modifications s'appliquent-elles rétrospectivement au moment où les infractions reprochées auraient été commises? — Les modifications portent-elles atteinte à des droits procéduraux ou

into force — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

D was involved in a motor vehicle incident, following which he was asked to submit to breathalyzer tests. The instrument registered 99 and 97 mg of alcohol per 100 mL of blood. D was charged with impaired driving and driving with a blood alcohol level over the legal limit of 80 mg of alcohol in 100 mL of blood.

At the beginning of D's trial, counsel for D advised the judge that he intended to tender a toxicology report in order to challenge the accuracy of the breathalyzer test results — what is known as a *Carter* defence. Crown counsel wished to cross-examine the toxicologist on his report, but the latter was not present and the trial was accordingly adjourned. Following the adjournment but prior to the resumption of D's trial, amendments to the *Criminal Code* were enacted, the effect of which is to eliminate the *Carter* defence as an independent means to raise a doubt about the reliability of breathalyzer test results.

The trial judge accepted the *Carter* defence adduced by D and entered an acquittal. The summary conviction appeal judge upheld that decision concluding that the new legislative provisions virtually eliminated the *Carter* defence, that they were substantive in nature and not procedural, and that they therefore applied only prospectively. The Court of Appeal reversed that decision and held that the new legislative provisions were merely evidentiary and that they therefore applied to the case. A new trial was ordered to proceed on the basis of s. 258(1) of the *Criminal Code* as amended.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored.

Per LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: Courts have long recognized that the cases in which legislation has retrospective effect must be exceptional. More specifically, where new legislative provisions affect either vested or substantive rights, retrospectivity has been found to be undesirable. The key task in determining the temporal application of new legislative provisions lies not in labelling the provisions "procedural"

substantiels? — Le législateur a-t-il prévu la conservation d'éléments de preuve en vue des procès intentés avant l'entrée en vigueur des modifications? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c), d.01) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

D a été impliqué dans un accident automobile après lequel on lui a demandé de se soumettre à des alcootests qui ont révélé des taux de 99 et 97 mg d'alcool par 100 ml de sang. D a été inculpé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

Au début du procès de D, l'avocat de ce dernier a informé le juge qu'il comptait produire le rapport d'un toxicologue pour contester l'exactitude des résultats de l'alcootest — ce qu'on appelle une défense de type *Carter*. L'avocat du ministère public souhaitait contre-interroger le toxicologue au sujet de son rapport, mais ce dernier était absent. Le procès a donc été ajourné. Après l'ajournement, mais avant la reprise du procès de D, des modifications au *Code criminel* ont été adoptées, ce qui a eu pour effet d'éliminer la défense de type *Carter* comme moyen indépendant pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'alcootest.

Le juge du procès a conclu à la recevabilité de la défense de type *Carter* présentée par D et a acquitté ce dernier. Le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires a maintenu cette décision, concluant que les nouvelles dispositions législatives avaient pratiquement supprimé la défense de type *Carter*, qu'elles étaient des dispositions substantielles et non procédurales, et qu'elles ne s'appliquaient donc que pour l'avenir. La Cour d'appel a infirmé cette décision et conclu que les nouvelles dispositions législatives portaient simplement sur la preuve et qu'elles s'appliquaient par conséquent au cas à l'étude. La tenue d'un nouveau procès sur le fondement du par. 258(1) du *Code criminel* tel que modifié a été ordonnée.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'acquittement est rétabli.

Les juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le caractère exceptionnel des mesures législatives applicables rétrospectivement. Plus précisément, ils ont jugé indésirable l'application rétrospective de nouvelles dispositions législatives portant atteinte à des droits acquis ou substantiels. La tâche qui s'impose pour statuer sur l'application dans le temps des nouvelles dispositions

or "substantive", but in discerning whether they affect substantive rights.

The fact that new legislation has an effect on the content or existence of a defence, as opposed to affecting only the manner in which it is presented, is an indication that substantive rights are affected. As a result of the amendments to the *Criminal Code* and the decision in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, the only evidence that can be tendered to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results is now evidence that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. The *Carter* defence has been eliminated as an independent means to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results. This illustrates that the amendments to the *Criminal Code* are not merely procedural; they affect a defence open to an accused and are therefore subject to the presumption against the retrospective application of new legislation.

The broad scheme put in place by Parliament is based on presumptions that the results of the breathalyzer analyses are accurate and that they are identical to the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. As discussed in *St-Onge Lamoureux*, these statutory presumptions infringe the constitutionally protected right to be presumed innocent. The conclusion that the infringement is justified in the context of the new legislation does not alter the fact that constitutional rights are affected. This is a further indication that the new legislation affects substantive rights, since constitutional rights are necessarily substantive. When constitutional rights are affected, the general rule against the retrospective application of legislation should apply.

Finally, where the former legislation does not contemplate the gathering of evidence that is required by the new legislation, the new legislation can only be prospective.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): There are three principles of statutory interpretation that are potentially relevant to the issue of when new legislative provisions apply. One principle is that the legislature is presumed not to intend legislation to change the legal character or consequences of

législatives consiste non pas à les qualifier de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels.

Le fait qu'une nouvelle mesure législative influe sur le contenu ou sur l'existence d'un moyen de défense, plutôt qu'uniquement sur sa présentation, indique que des droits substantiels sont en jeu. Étant donné les modifications apportées au *Code criminel* et l'arrêt *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, la seule preuve pouvant être produite pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'alcootest se limite désormais à celle du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest. La défense de type *Carter* a été supprimée comme moyen de défense susceptible de soulever, à lui seul, un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'analyse. Cela indique que les modifications au *Code criminel* ne sont pas simplement de nature procédurale; elles ont une incidence sur un moyen de défense dont dispose l'accusé et sont, par le fait même, assujetties à la présomption de non-rétrospectivité des nouvelles mesures législatives.

Le régime général instauré par le législateur repose sur des présomptions voulant que les résultats des analyses soient exacts et correspondent à l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction reprochée aurait été commise. Comme l'illustre l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, ces présomptions légales portent atteinte à la présomption d'innocence garantie par la Constitution. La conclusion selon laquelle l'atteinte est justifiée sous le régime des nouvelles mesures législatives ne change rien au fait qu'il a été porté atteinte à des droits constitutionnels. Il s'agit d'une indication supplémentaire que les nouvelles mesures législatives portent atteinte à des droits substantiels puisque les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle. La règle générale interdisant l'application rétrospective des mesures législatives devrait s'appliquer en cas d'atteinte à des droits constitutionnels.

Finalement, dans les cas où l'ancienne mesure législative n'envisage pas la collecte d'éléments de preuve devenue nécessaire en raison de la nouvelle mesure législative, celle-ci ne peut s'appliquer que pour l'avenir.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell (dissidents) : Trois principes d'interprétation des lois peuvent être pertinents pour déterminer dans quels cas s'appliquent de nouvelles dispositions législatives. Selon le premier d'entre eux, le législateur est présumé ne pas souhaiter que la loi modifie la nature

actions that occurred before its enactment. Another is that the legislature is presumed not to intend to interfere with vested rights. A third is that the legislature intends an enactment dealing with exclusively procedural matters, including matters of evidence, to apply immediately to all proceedings, whether commenced before or after the enactment comes into force. The principal question in this case is whether the new legislative provisions at issue are procedural or substantive.

The new legislative provisions in issue meet all of the tests enunciated in the Court's jurisprudence for determining whether a provision is procedural and they have none of the characteristics of provisions which are properly characterized as substantive. The provisions deal with factual presumptions and what is required to rebut them, and their operation is dependent on the existence of litigation. Evidentiary provisions like these are ordinarily considered to be procedural. Moreover, the provisions have none of the hallmarks of substantive provisions. They do not attach new consequences to past acts or change the substantive content of a defence, nor do they change the existence or content of a right. The elements of the offence have not changed and it remains open to the accused to point to evidence raising a reasonable doubt about the existence of those elements. The provisions do not make conduct unlawful that was lawful at the time it occurred. In addition, the fact that a provision is found to limit an accused's right to be presumed innocent under s. 11(*d*) of the *Charter* does not support the conclusion that the provision is substantive.

The new provisions do not eliminate or neuter a defence. The so-called "*Carter* defence" in reality is a particular type of evidence adduced in order to raise a reasonable doubt. If these provisions are characterized as taking away a defence, then any evidentiary provision that increases the risk of conviction would have to be so characterized. The jurisprudence of this Court makes clear that this is not the case.

The new provisions accordingly relate only to the rules of evidence which apply at trial and they are therefore purely procedural. As such, these new provisions are subject to the presumption of immediate application, and there is nothing to rebut this presumption.

ou les conséquences juridiques des actes commis avant son adoption. Selon le deuxième principe, le législateur est présumé ne pas avoir l'intention de porter atteinte à des droits acquis. Selon le troisième, le législateur souhaite qu'un texte portant exclusivement sur des questions de procédure, y compris de preuve, s'applique immédiatement à toutes les instances, que celles-ci aient été engagées avant ou après l'entrée en vigueur du texte. La principale question en litige en l'espèce est celle de savoir si les nouvelles dispositions législatives en cause sont de nature procédurale ou substantielle.

Les nouvelles dispositions législatives en cause satisfont à tous les critères énoncés par la Cour dans sa jurisprudence pour établir qu'une disposition est de nature procédurale, et elles n'ont aucune des caractéristiques des dispositions considérées à juste titre comme relevant du fond. Les dispositions traitent de présomptions de fait et des éléments de preuve nécessaires pour les réfuter, et elles ne sont pertinentes que s'il y a bel et bien un litige. Les dispositions relatives à la preuve comme celles en cause en l'espèce sont habituellement considérées de nature procédurale. Qui plus est, ces dispositions n'ont aucune des caractéristiques des dispositions de fond. Elles ne confèrent pas de conséquences nouvelles à des actes antérieurs, ni ne modifient le contenu substantiel d'un moyen de défense. Elles n'influent pas non plus sur l'existence ou sur le contenu d'un droit. Les éléments de l'infraction n'ont pas changé et il demeure loisible à l'accusé de présenter une preuve soulevant un doute raisonnable quant à l'existence de ces éléments. Les dispositions n'interdisent pas une conduite qui était légale au moment où elle est survenue. En outre, le fait que la disposition limite le droit de l'accusé d'être présumé innocent protégé par l'al. 11*d*) de la *Charte* ne soutient pas la conclusion que la disposition en est une de fond.

Les nouvelles dispositions n'éliminent pas de moyen de défense, elles n'en neutralisent pas non plus. Ce que l'on appelle la « défense de type *Carter* » est en fait un type particulier de preuve présentée afin de soulever un doute raisonnable. Si l'on considère que ces dispositions écartent un moyen de défense, il faudrait alors considérer que toute disposition relative à la preuve qui augmente le risque de condamnation a le même effet. La jurisprudence de la Cour indique clairement qu'il n'en est rien.

Ainsi, les nouvelles dispositions ne concernent que les règles de preuve applicables lors d'un procès et elles sont donc purement procédurales. Cela étant, elles sont présumées s'appliquer immédiatement, et rien ne réfute cette présomption.

Cases Cited

By Deschamps J.

Referred to: *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Gervais* (1978), 43 C.C.C. (2d) 533; *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221; *R. v. Loiseau*, 2010 QCCA 1872 (CanLII).

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Crosthwait, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *West v. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530; *Ciecierski v. Fenning*, 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal*, [1986] 1 S.C.R. 732; *Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Moon v. Durden*, [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389; *Midland Railway Co. v. Pye* (1861), 10 C.B. (N.S.) 179, 142 E.R. 419; *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553; *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41; *The Ydun*, [1899] P. 236; *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 S.C.R. 548; *R. v. Gervais* (1978), 43 C.C.C. (2d) 533; *Taylor v. The Queen* (1876), 1 S.C.R. 65; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038; *R. v. Puskas*, [1998] 1 S.C.R. 1207; *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221; *R. v. Gartner*, 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268; *R. v. Truong*, 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248; *R. v. Loiseau*, 2010 QCCA 1872 (CanLII).

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Gervais*, [1978] J.Q. nº 181 (QL); *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221; *R. c. Loiseau*, 2010 QCCA 1872, [2010] R.J.Q. 2246.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Crosthwait, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *West c. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530; *Ciecierski c. Fenning*, 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272; *Upper Canada College c. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732; *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Moon c. Durden*, [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389; *Midland Railway Co. c. Pye* (1861), 10 C.B. (N.S.) 179, 142 E.R. 419; *Yew Bon Tew c. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553; *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41; *The Ydun*, [1899] P. 236; *Republic of Costa Rica c. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548; *R. c. Gervais*, [1978] J.Q. nº 181 (QL); *Taylor c. The Queen* (1876), 1 R.C.S. 65; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038; *R. c. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207; *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221; *R. c. Gartner*, 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268; *R. c. Truong*, 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248; *R. c. Loiseau*, 2010 QCCA 1872, [2010] R.J.Q. 2246.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(*d*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1)(*a*), (*b*), 258(1)(*c*), (*d.01*).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 43, 44.
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

Authors Cited

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on the Law of Evidence*, 9th ed. by Ronald Burrows. London: Sweet & Maxwell, 1952.
Roubier, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*, 2e éd. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Cronk and Epstein JJ.A.), 2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81, 248 C.C.C. (3d) 489, 71 C.R. (6th) 25, 256 O.A.C. 235, 86 M.V.R. (5th) 45, [2009] O.J. No. 4875 (QL), 2009 CarswellOnt 7170, setting aside a decision of Sproat J. (2009), 86 M.V.R. (5th) 34, 2009 CanLII 24636, [2009] O.J. No. 2007 (QL), 2009 CarswellOnt 2698, upholding the acquittal entered by Clements J. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. dissenting.

Paul Burstein and *J. Thomas Wiley*, for the appellant.

Philip Perlmutter and *James Palangio*, for the respondent.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michel Déom, *Jean-Vincent Lacroix*, *Marie-Ève Mayer* and *Patricia Blair*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — This appeal raises the question whether certain provisions of the *Tackling*

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11*d*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1)*a*), *b*), 258(1)*c*), *d.01*).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 43, 44.
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

Doctrine et autres documents cités

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009.
Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on the Law of Evidence*, 9th ed. by Ronald Burrows. London : Sweet & Maxwell, 1952.
Roubier, Paul. *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 2e éd. Paris : Dalloz et Sirey, 1960.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Cronk et Epstein), 2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81, 248 C.C.C. (3d) 489, 71 C.R. (6th) 25, 256 O.A.C. 235, 86 M.V.R. (5th) 45, [2009] O.J. No. 4875 (QL), 2009 CarswellOnt 7170, qui a infirmé une décision du juge Sproat (2009), 86 M.V.R. (5th) 34, 2009 CanLII 24636, [2009] O.J. No. 2007 (QL), 2009 CarswellOnt 2698, confirmant l'acquittement prononcé par le juge Clements. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents.

Paul Burstein et *J. Thomas Wiley*, pour l'appelant.

Philip Perlmutter et *James Palangio*, pour l'intimée.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Déom, *Jean-Vincent Lacroix*, *Marie-Ève Mayer* et *Patricia Blair*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si certaines

Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 ("Amendments"), which amended the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, operate retrospectively.

[2] As I explain in greater detail in my reasons in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, a case heard concurrently with the case at bar, the Amendments limit the evidence an accused can adduce to raise doubt about the reliability of breathalyzer test results obtained using an approved instrument. The objective of the Amendments, which form part of a broader scheme implemented by Parliament to reduce the incidence of impaired driving, is to give those results a weight consistent with their scientific value (*St-Onge Lamoureux*, at paras. 29 and 31). In order to rebut the presumptions of accuracy and identity applicable to breathalyzer test results, which favour the Crown, an accused can no longer simply rely on an expert opinion that the amount of alcohol he or she consumed is inconsistent with the test results — what is known as the "*Carter* defence" (*R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (Ont. C.A.)).

[3] There are no transitional provisions that provide express guidance as to whether the Amendments apply retrospectively, that is, to conduct which occurred before the Amendments came into force. Resort must be had to general principles and to the effect of the Amendments. For the reasons that follow, I conclude that the Amendments do not apply retrospectively. I would allow the appeal and restore the acquittal entered at trial.

I. Facts and Judicial History

[4] On July 22, 2007, a vehicle driven by the appellant, Samuel Dineley, struck a parked vehicle. He was asked to submit to breathalyzer tests. The instrument registered 99 and 97 mg of alcohol per 100 mL of blood. He was charged with impaired driving and driving with a blood alcohol level over the legal limit of 80 mg of alcohol in 100 mL of blood.

dispositions de la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6 (les « modifications »), qui ont modifié le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s'appliquent rétrospectivement.

[2] Comme je l'explique plus en détail dans *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, une affaire entendue en même temps que la présente espèce, les modifications limitent les éléments de preuve que l'accusé peut produire pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l'utilisation d'un alcootest approuvé. Les modifications, qui s'inscrivent dans un régime plus large mis en place par le législateur pour réduire la fréquence de la conduite avec facultés affaiblies, ont pour objet d'attribuer à ces résultats un poids correspondant à leur valeur scientifique (*St-Onge Lamoureux*, par. 29 et 31). Pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité dont jouit le ministère public à l'égard des résultats de l'alcootest, l'accusé ne peut plus se fonder simplement sur l'avis d'un expert selon lequel la quantité d'alcool qu'il a consommé est incompatible avec les résultats de l'analyse, ce que l'on appelle la « défense de type *Carter* » (*R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (C.A. Ont.)).

[3] Il n'y a aucune disposition transitoire indiquant expressément si les modifications s'appliquent rétrospectivement, c'est-à-dire aux actes commis avant leur entrée en vigueur. Il faut donc s'en remettre aux principes généraux et à l'effet des modifications. Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que les modifications ne s'appliquent pas rétrospectivement. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement prononcé au procès.

I. Faits et historique judiciaire

[4] Le 22 juillet 2007, le véhicule conduit par l'appelant, Samuel Dineley, est entré en collision avec un véhicule stationné. On lui a demandé de se soumettre à des alcootests. Les résultats de ces alcootests ont révélé des taux de 99 et 97 mg d'alcool par 100 ml de sang. Il a été inculpé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

[5] At the beginning of the trial, on June 19, 2008, counsel for Mr. Dineley advised the judge that he would not be able to complete the case for the defence that day. He intended to tender a toxicology report in support of a *Carter* defence in order to challenge the accuracy of the breathalyzer test results; Crown counsel had asked to cross-examine the toxicologist on his report, but the latter was not present. The hearing started that day on the common understanding that the case for the defence would be continued on July 15, 2008 to enable the Crown to cross-examine the toxicologist. Both Crown and defence counsel were or ought to have been aware that the Amendments would come into force on July 2, 2008. Section 258(1)(*c*) of the *Criminal Code*, as amended by the Amendments, establishes a presumption of accuracy of breathalyzer test results and a presumption of identity of those results with the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. Under s. 258(1)(*c*), these presumptions will now be rebutted only if the accused leads evidence tending to show that the instrument malfunctioned or was improperly operated. The effect of that provision, together with s. 258(1)(*d.01*), is to eliminate the *Carter* defence as an independent means to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results.

[6] The trial judge did not allow the Crown to argue that the Amendments applied to preclude a *Carter* defence. In his opinion, it was improper for the Crown to obtain an adjournment for purposes of cross-examining the toxicologist and then invoke the Amendments which came into force in the interim without having first warned defence counsel that it intended to do so. He accepted the *Carter* defence and acquitted Mr. Dineley.

[7] The summary conviction appeal judge held that it was not improper for the Crown to raise the issue of the applicability of the Amendments. However, he was of the view that the Amendments virtually eliminated the *Carter* defence, that they were

[5] Au début du procès, le 19 juin 2008, l'avocat de M. Dineley a informé le juge qu'il ne serait pas en mesure d'achever la présentation de la défense ce jour-là. Il comptait produire le rapport d'un toxicologue à l'appui d'une défense de type *Carter* pour contester l'exactitude des résultats de l'alcootest; l'avocat du ministère public avait pour sa part demandé de contre-interroger le toxicologue au sujet de son rapport, mais ce dernier était absent. Ce jour-là, toutes les parties ont convenu que la présentation de la défense se poursuivrait le 15 juillet 2008 pour permettre au ministère public de procéder à ce contre-interrogatoire. Tant l'avocat du ministère public que celui de la défense savaient ou auraient dû savoir que les modifications entreraient en vigueur le 2 juillet 2008. L'alinéa 258(1)*c*) du *Code criminel*, tel qu'il a été modifié par les modifications, crée une présomption d'exactitude des résultats de l'alcootest et une présomption voulant que ces résultats correspondent à l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction reprochée aurait été commise. Selon l'al. 258(1)*c*), ces présomptions ne peuvent être réfutées que si l'accusé présente des éléments de preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest. Cette disposition, combinée à l'al. 258(1)*d.01*), élimine la défense de type *Carter* comme moyen indépendant pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'alcootest.

[6] Le juge du procès n'a pas autorisé le ministère public à soutenir que l'application des modifications faisait obstacle à une défense de type *Carter*. Il lui semblait inapproprié que le ministère public demande un ajournement pour contre-interroger le toxicologue et invoque ensuite les modifications qui sont entrées en vigueur dans l'intervalle sans avoir prévenu au préalable l'avocat de la défense que telle était son intention. Il a jugé recevable la défense de type *Carter* et acquitté M. Dineley.

[7] Le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires a estimé qu'il n'était pas inapproprié que le ministère public ait soulevé la question de l'applicabilité des modifications. Toutefois, il s'est dit d'avis que ces dernières avaient pratiquement supprimé la

substantive in nature and not procedural, and that they therefore applied only prospectively.

[8] The Court of Appeal reversed that decision. It held that the Amendments were merely evidentiary and that they therefore applied to the case. According to MacPherson J.A., writing for the court, the *Carter* defence had not been eliminated: it had been changed, but survived in a different form (2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81, at para. 26). The court ordered a new trial to proceed on the basis of s. 258(1) of the *Criminal Code* as amended.

II. Analysis

[9] Whether the Amendments apply retrospectively has been a hotly contested issue. As MacPherson J.A. mentioned in the instant case, a large number of provincial and superior court judges across the country have expressed conflicting opinions in this regard.

[10] There are a number of rules of interpretation that can be helpful in identifying the situations to which new legislation applies. Because of the need for certainty as to the legal consequences that attach to past facts and conduct, courts have long recognized that the cases in which legislation has retrospective effect must be exceptional. More specifically, where legislative provisions affect either vested or substantive rights, retrospectivity has been found to be undesirable. New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively (*Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at pp. 266-67; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 57; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 331-32). However, new procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced does not affect the

défense de type *Carter*, qu'elles étaient des dispositions substantielles et non procédurales, et qu'elles ne s'appliquaient donc que pour l'avenir.

[8] La Cour d'appel a infirmé cette décision. Elle a jugé que les modifications portaient simplement sur la preuve et qu'elles s'appliquaient par conséquent au cas à l'étude. S'exprimant au nom de la cour, le juge MacPherson a dit être d'avis que la défense de type *Carter* n'avait pas été supprimée : elle avait été modifiée, mais elle continuait d'exister sous une forme différente (2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81, par. 26). La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur le fondement du par. 258(1) du *Code criminel* tel que modifié.

II. Analyse

[9] L'application rétrospective des modifications en cause est une question très controversée. Comme le juge MacPherson l'a affirmé en l'espèce, de nombreux juges des cours provinciales et des cours supérieures dans tout le pays ont exprimé des opinions contradictoires à cet égard.

[10] Plusieurs règles d'interprétation peuvent aider à circonscrire les cas où une nouvelle mesure législative trouve application. Vu le besoin d'assurer la certitude des conséquences juridiques découlant des faits et des actes antérieurs, les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le caractère exceptionnel des mesures législatives applicables rétrospectivement. Plus précisément, ils ont jugé indésirable l'application rétrospective de dispositions législatives portant atteinte à des droits acquis ou substantiels. Ainsi, une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à de tels droits est présumée n'avoir d'effet que pour l'avenir, à moins qu'il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu'elle s'applique rétrospectivement (*Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 266-267; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 57; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331-332). Les nouvelles dispositions procédurales destinées à ne régir que la

substance of those rights. Such legislation is presumed to apply immediately to both pending and future cases (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at paras. 57 and 62; *Wildman*, at p. 331).

[11] Not all provisions dealing with procedure will have retrospective effect. Procedural provisions may, in their application, affect substantive rights. If they do, they are not purely procedural and do not apply immediately (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 191). Thus, the key task in determining the temporal application of the Amendments at issue in the instant case lies not in labelling the provisions "procedural" or "substantive", but in discerning whether they affect substantive rights.

[12] Moreover, a further factor may be relevant to the determination of whether the Amendments apply retrospectively. It is whether they require evidence that the accused had no reason to gather under the former legislation.

[13] It will be helpful to reproduce the relevant portions of the Amendments, which came into force while Mr. Dineley's trial was under way:

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or subsection 254(5) or in any proceedings under any of subsections 255(2) to (3.2),

. . .

(*c*) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if [list of conditions to be met],

evidence of the results of the analyses so made is conclusive proof that the concentration of alcohol in the accused's blood both at the time when the analyses were made and at the time when the offence

manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit n'ont pour leur part pas d'incidence sur le fond de ces droits. De telles mesures sont présumées s'appliquer immédiatement, à la fois aux instances en cours et aux instances à venir (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57 et 62; *Wildman*, p. 331).

[11] Ce ne sont pas toutes les dispositions procédurales qui s'appliquent rétrospectivement. Certaines peuvent, dans leur application, porter atteinte à des droits substantiels. De telles dispositions ne sont pas purement procédurales et ne s'appliquent pas immédiatement (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2009, p. 208). Par conséquent, la tâche qui s'impose pour statuer sur l'application dans le temps des modifications en cause consiste non pas à qualifier les dispositions de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels.

[12] Un autre facteur peut être pertinent pour décider de l'application rétrospective ou non des modifications : il s'agit de la question de savoir si elles commandent la présentation d'éléments de preuve que l'accusé n'avait aucune raison de réunir sous le régime de l'ancienne mesure législative.

[13] Il convient de reproduire les parties pertinentes des modifications, qui sont entrées en vigueur durant le procès de M. Dineley :

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou au paragraphe 254(5) ou dans des poursuites engagées en vertu de l'un des paragraphes 255(2) à (3.2) :

. . .

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), [conditions préalables à remplir]

la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts

was alleged to have been committed was, if the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, if the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses, in the absence of evidence tending to show all of the following three things — that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused's blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused's blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed;

. . .

(*d.01*) for greater certainty, evidence tending to show that an approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, or that an analysis of a sample of the accused's blood was performed improperly, does not include evidence of

(i) the amount of alcohol that the accused consumed,

(ii) the rate at which the alcohol that the accused consumed would have been absorbed and eliminated by the accused's body, or

(iii) a calculation based on that evidence of what the concentration of alcohol in the accused's blood would have been at the time when the offence was alleged to have been committed;

(It should be noted that the temporal application of the second presumption of identity provided for in s. 258(1)(*d.1*) of the *Criminal Code* is not at issue in this case.)

[14] In *St-Onge Lamoureux*, I conclude that the first requirement that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, as set out in s. 258(1)(*c*) and qualified by s. 258(1)(*d.01*), infringes the right to be presumed innocent protected by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but that the infringement is justified under s. 1. I also find in that case that the other two requirements of s. 258(1)(*c*) — (1) that a causal connection be demonstrated between the malfunctioning or improper operation of the

milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

. . .

d.01) il est entendu que ne constituent pas une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé ou le fait que les analyses ont été effectuées incorrectement les éléments de preuve portant :

(i) soit sur la quantité d'alcool consommé par l'accusé,

(ii) soit sur le taux d'absorption ou d'élimination de l'alcool par son organisme,

(iii) soit sur le calcul, fondé sur ces éléments de preuve, de ce qu'aurait été son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise;

(Je note que l'application dans le temps de la deuxième présomption d'identité prévue à l'al. 258(1)*d.1*) du *Code criminel* n'est pas en cause dans la présente affaire.)

[14] Dans *St-Onge Lamoureux*, je conclus que la première exigence énoncée à l'al. 258(1)*c*) et précisée à l'al. 258(1)*d.01*) voulant que l'alcootest approuvé ait mal fonctionné ou ait été utilisé incorrectement porte atteinte au droit à la présomption d'innocence garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier. Je conclus également dans cette affaire que les deux autres exigences de l'al. 258(1)*c*) — (1) la démonstration d'un lien de causalité entre le

instrument and the determination that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit, and (2) that further evidence be submitted to demonstrate that the blood alcohol level of the accused did not exceed the legal limit — unjustifiably infringe s. 11(*d*) of the *Charter*. All the other constitutional challenges in that case are rejected. Since only the first requirement of s. 258(1)(*c*) survives the Court's decision in *St-Onge Lamoureux*, I will address the Amendments only as they stand following that decision.

[15] Although I will not engage in the impossible task of reconciling all the decisions in which the courts have grappled with whether new legislation affects substantive rights, references to a few cases will be helpful. The following statements of La Forest J. in *Angus*, at pp. 265-66, are particularly relevant to the issue before us:

> Normally, rules of procedure do not affect the content or existence of an action or defence (or right, obligation, or whatever else is the subject of the legislation), but only the manner of its enforcement or use. . . .
>
> . . .
>
> Alteration of a "mode" of procedure in the conduct of a defence is a very different thing from the removal of the defence entirely. [Emphasis in original.]

[16] The fact that new legislation has an effect on the content or existence of a defence, as opposed to affecting only the manner in which it is presented, is an indication that substantive rights are affected. I cannot accept the approach adopted by the Court of Appeal in the instant case, according to which legislation that alters the evidentiary content of a defence applies retrospectively (para. 27).

[17] The first question is thus whether, in imposing a new requirement for rebutting the presumptions of accuracy and identity applicable to breathalyzer test results, Parliament has affected

mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest et le constat que l'alcoolémie de l'accusé dépasse la limite légale, et (2) la présentation d'éléments de preuve supplémentaires démontrant que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale — violent de façon injustifiée l'al. 11*d*) de la *Charte*. Toutes les autres contestations constitutionnelles soulevées dans cette affaire sont rejetées. Puisque seule la première exigence de l'al. 258(1)*c*) survit à l'arrêt *St-Onge Lamoureux* de la Cour, je n'examinerai que les modifications telles qu'elles sont à la suite de cet arrêt.

[15] Même si je ne tenterai pas d'accomplir la tâche impossible de faire la synthèse de toute la jurisprudence dans laquelle les tribunaux se sont demandé si une nouvelle mesure législative porte atteinte à des droits substantiels, il est utile de mentionner quelques arrêts. Les propos tenus par le juge La Forest aux p. 265-266 de l'arrêt *Angus* sont particulièrement pertinents quant à la question dont notre Cour est saisie :

> Normalement, les règles de procédure n'ont pas d'effet sur le contenu ou sur l'existence d'une action ou d'un moyen de défense (ou d'un droit, d'une obligation ou de quelque autre objet de la loi), mais seulement sur la manière de l'appliquer ou de l'utiliser. . .
>
> . . .
>
> Le changement d'un « mode » de procédure dans la production d'une défense est une chose très différente du retrait complet du moyen de défense. [Souligné dans l'original.]

[16] Le fait qu'une nouvelle mesure législative influe sur le contenu ou sur l'existence d'un moyen de défense, plutôt qu'uniquement sur sa présentation, indique que des droits substantiels sont en jeu. Je ne saurais accepter l'approche adoptée en l'espèce par la Cour d'appel pour qui une mesure législative modifiant le contenu d'un moyen de défense au chapitre de la preuve doit s'appliquer rétrospectivement (par. 27).

[17] La première question est donc de savoir si, en imposant une nouvelle exigence à satisfaire pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité applicables aux résultats de l'alcootest, le législateur

the existence or content of a defence. As a result of the Amendments and the decision in *St-Onge Lamoureux*, the only evidence that can be tendered to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results is now evidence that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. It is clear from s. 258(1)(*d.01*) that the *Carter* defence is no longer sufficient on its own to rebut the presumptions of accuracy and identity. The burden on the accused has thus been increased, as he or she can no longer ask the judge to draw an inference of malfunction or improper operation from indirect evidence by raising a *Carter* defence. Evidence related directly to the instrument itself is now required.

[18] The fact that the *Carter* defence is no longer sufficient on its own to rebut the presumptions established in s. 258(1)(*c*) makes it difficult to accept MacPherson J.A.'s opinion that the defence has not been eliminated, neutered or abolished and that it survives in a different form. In fact, this opinion is in sharp contrast with the very words of s. 258(1)(*d.01*), according to which "evidence tending to show that an approved instrument was malfunctioning or was operated improperly" does not include the evidence that would be tendered in raising the *Carter* defence. Unlike MacPherson J.A., I must conclude that the *Carter* defence has been eliminated as an independent means to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results. This, in my view, indicates that the provisions are not merely procedural; they affect a defence open to an accused and are therefore subject to the presumption against the retrospective application of new legislation. I agree with Mayrand J.A. in *R. v. Gervais* (1978), 43 C.C.C. (2d) 533 (Que. C.A.), that the right of an accused to rely on a defence is a substantive right and that new legislation has to be interpreted so as not to deprive the accused of a defence that would have been open to him or her at the time of the impugned act (p. 535).

a influé sur l'existence ou le contenu d'un moyen de défense. Étant donné les modifications et l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, la seule preuve pouvant être produite pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'alcootest se limite désormais à celle du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest. Il ressort clairement de l'al. 258(1)*d.01*) que la défense de type *Carter* ne suffit plus, à elle seule, pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité. Le fardeau de preuve qui repose sur l'accusé s'en trouve alourdi, celui-ci ne pouvant plus demander au juge, au moyen de la défense de type *Carter*, de conclure au mauvais fonctionnement ou à l'utilisation incorrecte de l'alcootest à partir d'une preuve indirecte. L'accusé doit dorénavant produire une preuve visant directement l'alcootest.

[18] Comme la défense de type *Carter* ne suffit plus, à elle seule, pour réfuter les présomptions prévues à l'al. 258(1)*c*), il est difficile d'accepter l'opinion du juge MacPherson que cette défense n'a pas été supprimée, neutralisée ou abolie, et qu'elle continue d'exister sous une forme différente. En fait, cette opinion contraste nettement avec le texte même de l'al. 258(1)*d.01*), selon lequel la preuve produite par l'accusé en invoquant la défense de type *Carter* ne constitue pas une « preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé ». Contrairement à l'opinion exprimée par le juge MacPherson, je dois conclure que la défense de type *Carter* a été supprimée comme moyen de défense susceptible de soulever, à lui seul, un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'alcootest. À mon avis, cela indique que les dispositions ne sont pas simplement de nature procédurale; elles ont une incidence sur un moyen de défense dont dispose l'accusé et sont, par le fait même, assujetties à la présomption de non-rétrospectivité des nouvelles mesures législatives. Je partage l'avis du juge Mayrand lorsqu'il dit dans *R. c. Gervais*, [1978] J.Q. n^{o} 181 (QL) (C.A.), que le droit d'un accusé d'invoquer un moyen de défense est de nature substantielle et qu'une nouvelle mesure législative doit être interprétée de façon à ne pas priver l'accusé d'un moyen de défense dont il disposait au moment où l'acte litigieux aurait été posé (par. 8-9).

[19] In *St-Onge Lamoureux*, I conclude that precluding the use of the *Carter* defence to raise on its own a doubt about the accuracy of breathalyzer test results does not violate s. 7 of the *Charter*. However, the fact that Parliament could exclude evidence of alcohol consumption does not change the fact that a defence which on its own enabled an accused to avert conviction has been eliminated.

[20] This brings me to my second reason for finding that the Amendments affect substantive rights of the accused. The broad scheme put in place by Parliament is based on presumptions that the results of the breathalyzer analyses are accurate and that they are identical to the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. As discussed in *St-Onge Lamoureux*, at para. 27, these statutory presumptions infringe the constitutionally protected right to be presumed innocent, as they relieve the Crown of the requirement of proving the guilt of the accused beyond a reasonable doubt before he or she need to respond. The legislated means to rebut these presumptions are relevant to the determination of whether the infringement of the right to be presumed innocent is justified under s. 1. This is where the *Carter* defence comes into play. Under the former legislation, the *Carter* defence enabled the accused to discharge his or her burden of rebutting the statutory presumptions, which favour the Crown, by relying on an expert opinion that the amount of alcohol he or she consumed is inconsistent with the breathalyzer test results. As a result of the Amendments, this is no longer the case. Instead, the accused must now present direct evidence about the use or operation of the instrument in order to rebut the presumptions.

[21] The possibility for the accused of rebutting the statutory presumptions by means of a *Carter* defence (under the former legislation) or by adducing evidence related to the instrument (under the Amendments) is determinative of whether the infringement of the right to be presumed innocent is justified. However, the conclusion that the

[19] Dans *St-Onge Lamoureux*, je conclus que de priver une personne accusée du droit de recourir à la défense de type *Carter* comme moyen suffisant à lui seul pour mettre en doute la fiabilité des résultats de l'alcootest ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, la faculté du législateur d'exclure la preuve de consommation d'alcool ne change rien à la suppression d'un moyen de défense qui, à lui seul, permettait à un accusé d'éviter une déclaration de culpabilité.

[20] Cela m'amène à la deuxième raison pour laquelle j'estime que les modifications portent atteinte à des droits substantiels de l'accusé. Le régime général instauré par le législateur repose sur des présomptions voulant que les résultats des analyses soient exacts et correspondent à l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction reprochée aurait été commise. Comme l'illustre l'arrêt *St-Onge Lamoureux* au par. 27, ces présomptions légales portent atteinte à la présomption d'innocence garantie par la Constitution puisqu'elles libèrent le ministère public de l'obligation d'établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre. Les moyens légaux de repousser ces présomptions sont pertinents pour déterminer si l'atteinte au droit à la présomption d'innocence est justifiée au regard de l'article premier. C'est à cette étape qu'entre en jeu la défense de type *Carter*. Sous le régime des anciennes mesures législatives, la défense de type *Carter* permettait à l'accusé de s'acquitter de son fardeau de repousser les présomptions légales en faveur du ministère public en s'appuyant sur l'opinion d'un expert selon laquelle la quantité d'alcool qu'il avait bu n'était pas compatible avec les résultats de l'alcootest. Ce n'est plus le cas, par suite de l'adoption des modifications. Pour réfuter ces présomptions, l'accusé doit plutôt dorénavant présenter une preuve directe quant au fonctionnement ou à l'utilisation de l'alcootest.

[21] Le fait que l'accusé puisse réfuter les présomptions légales au moyen d'une défense de type *Carter* (sous le régime des anciennes mesures législatives) ou d'une preuve ciblant l'alcootest (selon les modifications) est déterminant lorsqu'il s'agit de décider si l'atteinte à la présomption d'innocence est justifiée. Toutefois, la conclusion selon laquelle

infringement is justified in the context of the new legislation does not alter the fact that constitutional rights are affected. This is a further indication that the new legislation affects substantive rights, since constitutional rights are necessarily substantive. When constitutional rights are affected, the general rule against the retrospective application of legislation should apply.

[22] In addition to the impact on the substantive rights of the accused, there is another reason why the Amendments should not be found to operate retrospectively. As a result of the Amendments, the evidence the accused may present to rebut the presumptions is limited to evidence that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. The nature of that evidence is not defined in the Amendments, but it presumably has to relate to the instrument that was used to test the accused and not to the functioning of such instruments generally. This means that the accused may need to have access to information concerning the instrument used in his or her case or to operating records that would enable him or her to determine whether the instrument was functioning properly and was operated correctly. It is difficult to conceive how such an examination could take place months or even years after the tests were conducted. There is no indication that the instruments are isolated after being used in a given case. Parliament has not provided for the preservation of evidence for cases that began before the Amendments came into force.

[23] In *St-Onge Lamoureux*, one of the arguments put to the Court was that the Amendments violated the s. 7 rights of the accused because the defence required by the new legislation was so difficult to present that it was practically illusory. This argument was rejected on the basis that there are no limits on the evidence the accused can reasonably tender, provided that it relates to the malfunctioning or improper operation of the instrument. However, where, as in the case at bar, the parties did not know at the time of the breathalyzer tests that such a defence would be required, and years elapsed between the tests and the trial, it may be

l'atteinte est justifiée sous le régime des nouvelles mesures législatives ne change rien au fait qu'il a été porté atteinte à des droits constitutionnels. Il s'agit d'une indication supplémentaire que les nouvelles mesures législatives portent atteinte à des droits substantiels puisque les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle. Ainsi, la règle générale interdisant l'application rétrospective des mesures législatives devrait s'appliquer en cas d'atteinte à des droits constitutionnels.

[22] Outre l'incidence sur les droits substantiels de l'accusé, il existe une autre raison de ne pas conclure à l'application rétrospective des modifications. En raison de celles-ci, la preuve que l'accusé peut produire pour réfuter les présomptions se limite à celle du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest. Les modifications ne définissent pas la nature de cette preuve, mais elle doit vraisemblablement se rapporter à l'alcootest utilisé pour tester l'alcoolémie de l'accusé, et non au fonctionnement des alcootests en général. Cela signifie que l'accusé pourrait avoir besoin de renseignements sur l'alcootest utilisé dans son cas ou de comptes rendus d'utilisation qui lui permettraient d'établir si l'appareil a bien fonctionné ou a été utilisé correctement. On voit mal comment cet examen pourrait être effectué des mois, voire des années, après les analyses. Rien n'indique que les alcootests sont conservés isolément après leur utilisation dans un cas donné. Le législateur n'a pas prévu la conservation des éléments de preuve en vue des procès intentés avant l'entrée en vigueur des modifications.

[23] On a notamment soutenu dans *St-Onge Lamoureux* que les modifications violaient les droits garantis à l'accusé par l'art. 7 parce qu'il était tellement difficile de présenter le moyen de défense nécessaire par suite de l'adoption des nouvelles mesures législatives que cela le rendait pratiquement illusoire. Cet argument a été rejeté au motif que l'accusé peut raisonnablement produire tous les éléments de preuve qu'il veut, pourvu que ceux-ci aient trait au mauvais fonctionnement ou à l'utilisation incorrecte de l'alcootest. Cependant, dans les cas où, comme en l'espèce, les parties n'étaient pas conscientes, au moment des analyses, du besoin

impossible to present evidence to rebut the presumptions.

[24] There are similarities between the situation in the instant case and the one before the Court in *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221. In that case, amendments to the *Criminal Code* authorized the police to request more than one breath sample and made the taking of two samples a condition of application of the presumptions attached to breathalyzer test results. Because the former provision had not authorized the police to take two samples, prosecutions commenced before the new provision came into force would be frustrated by the new requirement if the amendments were held to apply retrospectively. The Court held that Parliament could not have intended such a result. Both in *Ali* and in the present case, Parliament added a requirement related to the evidence a party must adduce. In the case at bar, the new requirement is a condition for the rebuttal of the presumption provided for in s. 258(1)(*c*), whereas in *Ali* the new requirement was a condition for the application of the presumption.

[25] *Ali* supports the view that, where the former legislation did not contemplate the gathering of evidence that is required by the new legislation, the new legislation can only be prospective. In the instant case, the accused cannot adduce evidence that he had no reason to gather before the Amendments. This is an additional reason for concluding that the Amendments do not apply to cases that were commenced before the Amendments came into force. I therefore disagree with MacPherson J.A. that the difficulty for an accused of obtaining evidence on the functioning of the instrument used in his or her case after years have gone by is speculative. Rather, I agree with the following comment by Bich J.A. (dissenting) in *R. v. Loiseau*, 2010 QCCA 1872 (CanLII), at para. 56:

d'invoquer par la suite un tel moyen de défense, et où plusieurs années se sont écoulées entre les analyses et le procès, il pourrait s'avérer impossible de présenter des éléments de preuve pour réfuter les présomptions.

[24] La situation dans l'affaire qui nous occupe présente des similitudes avec celle dont la Cour était saisie dans *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221. Dans cette affaire, des modifications au *Code criminel* autorisaient les policiers à demander plus d'un échantillon d'haleine et avaient fait du prélèvement de deux échantillons une condition de l'application des présomptions liées aux résultats de l'alcootest. Puisque l'ancienne disposition n'autorisait pas les policiers à prélever deux échantillons, l'ajout de la nouvelle condition aurait entravé les poursuites engagées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition s'il avait été conclu à l'application rétrospective des modifications. La Cour a conclu que le législateur ne pouvait avoir souhaité un tel résultat. Tant dans l'affaire *Ali* que dans la présente affaire, le législateur a ajouté une exigence relative aux éléments de preuve qu'une partie doit produire. En l'espèce, la nouvelle exigence constitue une condition à remplir pour repousser la présomption établie à l'al. 258(1)*c*), tandis que, dans *Ali*, la nouvelle exigence était une condition additionnelle pour que s'applique la présomption.

[25] *Ali* étaye l'avis que, dans les cas où l'ancienne mesure législative n'envisage pas la collecte d'éléments de preuve devenue nécessaire en raison de la nouvelle disposition, celle-ci ne peut s'appliquer que pour l'avenir. En l'espèce, l'accusé ne peut présenter des éléments de preuve qu'il n'avait aucune raison de réunir avant l'entrée en vigueur des modifications. C'est là une raison de plus de conclure que les modifications ne s'appliquent pas aux instances introduites avant leur entrée en vigueur. Je ne partage donc pas l'avis du juge MacPherson selon lequel la difficulté que peut éprouver un accusé pour obtenir des éléments de preuve concernant le fonctionnement de l'alcootest utilisé dans son cas plusieurs années auparavant relève de l'hypothèse. Je suis plutôt d'accord avec le commentaire suivant formulé par la juge Bich (dissidente) dans *R. c. Loiseau*, 2010 QCCA 1872, [2010] R.J.Q. 2246, par. 56 :

[TRANSLATION] Because the law makes the requirements for the gathering of evidence more stringent and, due to the state of the law at the time, ensures that the accused will not have sought evidence that would now be indispensable to him to mount a defence, the amended provisions should not apply to this situation.

[26] For these reasons, I would allow the appeal and restore the acquittal entered by the trial judge.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[27] Section 253(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, makes it an offence to operate (or to have care and control of) a motor vehicle with a blood alcohol content of more than 80 mg of alcohol in 100 mL of blood. To facilitate proof of this offence, the Crown has for many years had the benefit of certain factual presumptions. These presumptions arise once it is proven that breath samples were taken and analyzed by a breathalyzer device in accordance with detailed statutory requirements. Putting aside some points of detail, one of these presumptions is that the readings obtained under the statutory conditions are accurate (the presumption of accuracy); another presumption is that the readings at the time of testing represent the accused's blood alcohol content at the time of the alleged offence (the presumption of identity).

[28] For many years, an accused could rebut these presumptions by pointing to any sort of evidence that would raise a reasonable doubt in the mind of the trier of fact about the existence of the presumed facts. However, in 2008, Parliament enacted the *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, which amends the *Criminal Code* by imposing some new rules about what sorts of evidence could be used to rebut these presumptions.

Devant une loi qui alourdit les exigences de la constitution de la preuve et fait en sorte que l'accusé n'aura pas recherché, à cause de l'état du droit à l'époque, des éléments qui lui seraient maintenant indispensables afin de faire valoir sa défense, il ne saurait y avoir application des dispositions modifiées à la présente situation.

[26] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement prononcé par le juge du procès.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell rendus pas

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[27] Selon l'alinéa 253(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, commet une infraction quiconque conduit (ou a la garde ou le contrôle d') un véhicule à moteur avec une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Pour faciliter la preuve de cette infraction, le ministère public bénéficie depuis de nombreuses années de certaines présomptions de fait. Ces présomptions entrent en jeu une fois qu'il est établi que les échantillons d'haleine ont été prélevés et analysés au moyen d'un alcootest, conformément aux exigences détaillées prescrites par la loi. Mis à part certains détails, l'une de ces présomptions veut que les résultats obtenus en conformité avec les conditions prévues par la loi soient exacts (la présomption d'exactitude); une autre présomption veut que les résultats obtenus au moment de l'analyse correspondent à l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction reprochée (la présomption d'identité).

[28] Pendant de nombreuses années, un accusé pouvait renverser ces présomptions en présentant toute espèce d'élément de preuve qui ferait naître un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à l'existence des faits présumés. Or, en 2008, le législateur a adopté la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6, qui a modifié le *Code criminel* en créant de nouvelles règles pour préciser quels types de preuve pouvaient être utilisés pour réfuter ces présomptions.

[29] The issue on the appeal is when these new evidentiary provisions apply. Do they apply, as the Court of Appeal held, to trials that are held on and after the day the new rules came into force, or, as the appellant contends, do they apply only to trials relating to events alleged to have occurred after they came into force?

[30] In my view, the holding of the Court of Appeal is correct and I would dismiss the appeal.

II. Brief Overview of the Issue

[31] Before the 2008 amendments, the presumption of accuracy (and therefore also the presumption of identity) could be rebutted by any evidence that raised a reasonable doubt that the actual blood alcohol level at the time of testing was below 80 mg of alcohol per 100 mL of blood: see, e.g., *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089. The presumption of identity itself could be rebutted by evidence tending to show that the accused's blood alcohol level at the time of the offence and at the time of testing had changed, provided that the effect of normal biological processes of absorption and elimination could not, of itself, constitute rebutting evidence: *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, at paras. 44 and 59-61.

[32] Often evidence to the contrary was offered in the form of "consumption and elimination" evidence — sometimes referred to as "*Carter*" evidence (*R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (Ont. C.A.)). This typically consisted of evidence from the accused and perhaps other witnesses about how much the accused had to drink and when, as well as evidence from a toxicologist indicating that if the accused had consumed the amount claimed, his or her blood alcohol level at the time of the offence would have been below the legal limit. Sometimes the introduction of this evidence has been referred to as the "*Carter* defence", but it really is not a defence at all. It is simply the presentation of evidence that could be relied on to raise a doubt about whether the breathalyzer device had accurately determined the accused's blood alcohol content

[29] La question en l'espèce est de savoir dans quels cas s'appliquent ces nouvelles dispositions relatives à la preuve. S'appliquent-elles, comme l'a affirmé la Cour d'appel, aux procès tenus le ou après le jour de l'entrée en vigueur des nouvelles règles ou s'appliquent-elles, comme le prétend l'appelant, uniquement aux procès concernant des événements qui seraient survenus après leur entrée en vigueur?

[30] La décision de la Cour d'appel me semble correcte et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Aperçu de la question en litige

[31] Avant les modifications de 2008, la présomption d'exactitude (et aussi par le fait même la présomption d'identité) pouvait être réfutée par tout type d'éléments de preuve permettant de soulever un doute raisonnable quant au fait que l'alcoolémie réelle au moment de l'analyse était inférieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang : voir, p. ex., *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089. La présomption d'identité elle-même pouvait être réfutée par une preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé avait changé entre le moment de l'infraction et celui de l'alcootest, à la condition que l'effet du processus biologique normal de l'absorption et l'élimination de l'alcool par le métabolisme ne puisse pas, en soi, constituer une contre-preuve : *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, par. 44 et 59-61.

[32] On présentait souvent une preuve contraire sous forme de preuve de la « consommation et de l'élimination » de l'alcool — parfois appelée preuve de type « *Carter* » (*R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (C.A. Ont.)). Il s'agissait généralement de la déposition de l'accusé et peut-être aussi de celle d'autres témoins concernant la quantité d'alcool que l'accusé avait bu et le moment où il l'avait bu, de même que du témoignage d'un toxicologue selon lequel l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction aurait été inférieure à la limite légale si l'accusé avait consommé la quantité alléguée. La production de cette preuve a parfois été qualifiée de « défense de type *Carter* », mais, en fait, il ne s'agit aucunement d'un moyen de défense. Il s'agit simplement de la présentation d'éléments de preuve sur lesquels on peut se fonder

and whether that reading reflected the accused's blood alcohol content at the time of operation, care or control.

[33] The appellant in this case presented this sort of evidence and was acquitted at trial. The driving in question occurred before the 2008 amendments came into force, but his trial continued after they had. His breathalyzer readings were 99 and 97 mg of alcohol per 100 mL of blood and there was nothing to indicate that the device was operating improperly. However, the appellant testified that he had only had three beers over a roughly two-hour period and his toxicologist testified that if that were so, his blood alcohol level would have been between 0 and 40 at the time of testing and between 20 and 52 at the time of driving. The judge believed the appellant and found that he was not satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant's blood alcohol concentration at the time of driving exceeded 80.

[34] The 2008 amendments, if applied at the appellant's trial, would have limited in two respects the type of evidence that he could have relied on to rebut the presumptions of accuracy and identity. First, by virtue of the amended s. 258(1)(*c*), evidence to rebut the accuracy of the readings at the time of testing must raise a doubt with respect to whether the device malfunctioned or was improperly operated, about whether the malfunction or improper operation resulted in an over 80 reading and, as well, about whether the appellant's blood alcohol concentration at the time of driving was below 80 (these last two requirements have been eliminated in this Court's decision in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187). Second, by virtue of the amended s. 258(1)(*d.01*), so-called *Carter* evidence cannot be relied on to raise a doubt about whether the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly. These amended provisions are based on the idea that breathalyzer results obtained in accordance with the statutory requirements should be taken to be accurate, absent evidence to think otherwise, and that *Carter* evidence is too unreliable

pour soulever un doute quant à l'exactitude de l'alcoolémie de l'accusé établie par l'alcootest et quant à la fidélité des résultats par rapport à son alcoolémie au moment où il conduisait le véhicule ou en avait la garde ou le contrôle.

[33] L'appelant, en l'espèce, a présenté ce type de preuve et a été acquitté au procès. L'incident en question est survenu avant l'entrée en vigueur des modifications de 2008, mais le procès de l'appelant s'est poursuivi après leur entrée en vigueur. Son alcoolémie avait été établie à 99 et à 97 mg d'alcool par 100 ml de sang et rien n'indiquait que l'appareil fonctionnait mal. L'appelant a toutefois affirmé n'avoir bu que trois bières durant une période d'environ deux heures et son toxicologue a témoigné que, si c'était le cas, son alcoolémie se serait située entre 0 et 40 au moment de l'analyse et entre 20 et 52 au moment de l'incident. Le juge a cru l'appelant et a conclu qu'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'alcoolémie de l'appelant au moment de l'incident dépassait 80.

[34] Si on avait appliqué les modifications de 2008 lors du procès de l'appelant, elles auraient limité doublement le type de preuve sur laquelle il aurait pu s'appuyer pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité. Premièrement, selon l'al. 258(1)*c*) modifié, la preuve visant à réfuter l'exactitude des résultats au moment de l'analyse doit soulever un doute raisonnable quant à savoir si l'appareil a mal fonctionné ou a été utilisé incorrectement, si son mauvais fonctionnement ou son utilisation incorrecte a entraîné un résultat supérieur à 80, et si l'alcoolémie de l'appelant au moment de l'incident était inférieure à 80 (la Cour supprime ces deux dernières exigences dans son arrêt *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187). Deuxièmement, selon l'al. 258(1)*d.01*) modifié, la preuve dite de type *Carter* ne peut être invoquée pour soulever un doute quant au mauvais fonctionnement ou à l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé. Ces dispositions modifiées reposent sur l'idée que les résultats de l'alcootest obtenus conformément aux exigences prévues par la loi doivent être tenus pour exacts, en l'absence de preuve donnant à penser le contraire, et que

to be admitted to cast doubt on the accuracy of such readings. These ideas find impressive support in the scientific literature. The amended provisions, in effect, define what types of evidence are *not* sufficiently probative to be used to undermine the accuracy of the breathalyzer readings.

[35] There are three principles of statutory interpretation that are potentially relevant to the issue of when the 2008 amendments apply. The question is which of these principles governs in this case. One principle is that the legislature is presumed not to intend legislation to change the legal character or consequences of actions that occurred before its enactment. Another is that the legislature is presumed not to intend to interfere with vested rights. A third is that the legislature intends an enactment dealing with exclusively procedural matters, including matters of evidence, to apply immediately to all proceedings, whether commenced before or after the enactment comes into force. These are all principles of interpretation and yield to clear statutory language to the contrary.

[36] The appellant's position is that the first principle applies. He submits that the amended provisions are not simply matters of procedure but affect the content of a defence to the charge. Alternatively, the appellant's position is that even if the amended provisions are procedural, Parliament did not intend them to apply to trials arising out of past events and therefore the operation of the third principle of interpretation is ousted by clear parliamentary intent. The Crown on the other hand supports the conclusion of the Court of Appeal that the third principle applies because the amended provisions are procedural in nature.

[37] To resolve the appeal, we must answer two questions:

1. Are the amended provisions procedural in nature so that they are presumed to apply to all

la preuve de type *Carter* est trop peu fiable pour être admise en vue de mettre en doute l'exactitude de ces résultats. L'idée en question est largement reconnue dans la documentation scientifique. Les dispositions modifiées indiquent en fait quels types de preuve *n*'ont *pas* une force probante suffisante pour qu'on les utilise en vue de mettre en doute l'exactitude des résultats de l'alcootest.

[35] Trois principes d'interprétation des lois peuvent être pertinents pour déterminer dans quels cas s'appliquent les modifications de 2008. Il faut d'abord décider lequel de ces principes est applicable en l'espèce. Selon le premier d'entre eux, le législateur est présumé ne pas souhaiter que la loi modifie la nature ou les conséquences juridiques des actes commis avant son adoption. Selon le deuxième principe, le législateur est présumé ne pas avoir l'intention de porter atteinte à des droits acquis. Selon le troisième, le législateur souhaite qu'un texte portant exclusivement sur des questions de procédure, y compris de preuve, s'applique immédiatement à toutes les instances, que celles-ci aient été engagées avant ou après l'entrée en vigueur du texte. Ce sont tous des principes d'interprétation subordonnés à des dispositions législatives claires à l'effet contraire.

[36] L'appelant soutient que le premier principe s'applique en l'espèce. Selon lui, les dispositions modifiées ne relèvent pas simplement de la procédure : elles ont une incidence sur le contenu d'un moyen de défense contre l'accusation. L'appelant soutient subsidiairement que, même si les dispositions modifiées sont de nature procédurale, le législateur ne voulait pas qu'elles s'appliquent aux procès résultant d'événements antérieurs. Ainsi, pour l'appelant, l'application du troisième principe d'interprétation est écartée par l'intention claire du législateur. Pour sa part, le ministère public appuie la conclusion de la Cour d'appel que le troisième principe s'applique parce que les dispositions modifiées sont de nature procédurale.

[37] Pour trancher l'appel, nous devons répondre à deux questions :

1. Les dispositions modifiées sont-elles de nature procédurale, de sorte qu'elles sont présumées

trials occurring or continuing after they came into force?

2. If so, is this presumption rebutted by an indication of legislative intent that they should not so apply?

[38] I will address these two questions in turn, after a brief account of the facts and proceedings.

III. Facts and Proceedings

[39] In the early hours of July 22, 2007, after a night spent with friends at a nightclub, the appellant, Samuel Dineley, drove his parents' car into a parked vehicle. Police administered two breath tests, which revealed blood alcohol concentrations of 99 and 97 mg in 100 mL of blood. The administration of the tests was videotaped. The appellant was charged with impaired driving and driving over 80 mg under s. 253(1)(*a*) and (*b*) of the *Criminal Code*.

[40] His trial before a provincial court judge began on June 19, 2008, and the Crown completed its case on that day. However, the trial was adjourned to July 15 so that the Crown would be able to cross-examine the appellant's toxicologist. On July 2, that is between the trial's adjournment and continuation, the 2008 amendments came into force. These had the effect of rendering the appellant's expert evidence incapable of rebutting the presumptions set up in s. 258(1)(*c*). The Crown argued that the newly amended s. 258(1) applied immediately to all s. 253 offences, regardless of the timing of their underlying facts. The trial judge did not decide the issue, and instead decided that it was improper for the Crown to attempt to rely on the new amendments when the trial resumed. After the trial's resumption, the trial judge found the appellant not guilty.

[41] On a summary conviction appeal, a judge of the Ontario Superior Court of Justice found the

s'appliquer à tous les procès qui ont lieu ou qui se poursuivent après leur entrée en vigueur?

2. Si oui, cette présomption est-elle réfutée par une indication que le législateur ne souhaite pas qu'elles soient appliquées de la sorte?

[38] J'examinerai successivement ces deux questions après avoir donné un aperçu des faits et des procédures.

III. Les faits et les procédures

[39] Le 22 juillet 2007 au petit matin, l'appelant, Samuel Dineley, au volant de la voiture de ses parents, a heurté un véhicule stationné après avoir passé la nuit avec des amis dans une boîte de nuit. Les policiers lui ont fait subir deux alcootests qui ont indiqué respectivement que son alcoolémie atteignait 99 et 97 mg d'alcool par 100 ml de sang. L'administration des alcootests a été enregistrée sur bande vidéo. L'appelant a été inculpé, en vertu des al. 253(1)*a*) et *b*) du *Code criminel*, de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie dépassant 80.

[40] Son procès devant un juge de la cour provinciale a commencé le 19 juin 2008. Le ministère public a terminé la présentation de sa preuve le jour même. Le procès a cependant été ajourné au 15 juillet pour permettre au ministère public de contre-interroger le toxicologue de l'appelant. Or, les modifications de 2008 sont entrées en vigueur le 2 juillet, c'est-à-dire entre l'ajournement du procès et sa reprise. Elles ont eu pour effet d'empêcher que la preuve d'expert produite par l'appelant puisse réfuter les présomptions établies à l'al. 258(1)*c*). Le ministère public a fait valoir que le par. 258(1) récemment modifié s'appliquait sur-le-champ à toutes les infractions visées à l'art. 253, peu importe le moment où étaient survenus les faits dont elles découlaient. Le juge du procès n'a pas tranché la question, décidant plutôt, d'une part, qu'il était inapproprié que le ministère public tente d'invoquer les récentes modifications à la reprise du procès et, d'autre part, qu'il reconnaissait l'appelant non coupable.

[41] En appel de la déclaration de culpabilité par procédure sommaire, un juge de la Cour supérieure

2008 amendments to be substantive in nature, and so subject to the presumption against the alteration of the legal character or consequences of past actions. In his view, the amended provisions applied only to offences alleged to have been committed after they came into force, and so did not apply to the charges against the appellant: (2009), 86 M.V.R. (5th) 34. (I should add that the judge concluded that it had not been improper for the Crown to attempt to rely on the new amendments when the trial resumed. The appellant did not contest that conclusion in the Court of Appeal or in this Court.)

[42] The Ontario Court of Appeal reversed this decision, and sent the matter back for a new trial to be conducted on the basis that the new version of s. 258(1) applied to the appellant's case: 2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81. The court held that the amended provisions were procedural in nature and therefore applied to all trials occurring after they came into force.

IV. Analysis

[43] I will first give a brief outline of the interpretive principles relevant to this case. I will then explain that the 2008 amendments at issue are purely procedural. It follows that at the moment of their coming into force, they became applicable to all s. 253(1) charges, including those against the appellant, regardless of the timing of those charges' underlying facts. I will then set out my reasons for concluding that the presumption of immediate application is not rebutted by clear legislative intent to the contrary.

A. *The Presumptions of Legislative Intent*

[44] Statutory interpretation aims to ascertain legislative intent, which is "a shorthand reference to the intention which the court reasonably imputes to Parliament in respect of the language used": *R. v. Secretary of State for the Environment, Transport*

de justice de l'Ontario a conclu que les modifications de 2008 sont de nature substantielle et assujetties par le fait même à la présomption de non-modification de la nature ou des conséquences juridiques des actes antérieurs. À son avis, les dispositions modifiées ne s'appliquent qu'aux infractions qui auraient été commises après leur entrée en vigueur, et ne s'appliquent donc pas aux accusations portées contre l'appelant : (2009), 86 M.V.R. (5th) 34. (Je devrais ajouter que, selon le juge, il n'était pas inapproprié pour le ministère public d'essayer d'invoquer les récentes modifications à la reprise du procès. L'appelant n'a contesté cette conclusion ni devant la Cour d'appel, ni devant la Cour.)

[42] La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette décision et ordonné qu'un nouveau procès soit tenu en partant du principe que le nouveau par. 258(1) s'appliquait à l'appelant : 2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81. La Cour d'appel a qualifié les dispositions modifiées de procédurales et en a conclu qu'elles s'appliquent à tous les procès tenus après leur entrée en vigueur.

IV. Analyse

[43] Je vais d'abord exposer brièvement les principes d'interprétation pertinents en l'espèce. J'expliquerai ensuite que les modifications de 2008 en cause sont purement procédurales. Il s'ensuit que, au moment de leur entrée en vigueur, elles sont devenues applicables à toutes les accusations portées en vertu du par. 253(1), y compris à celles déposées contre l'appelant, peu importe le moment où sont survenus les faits à l'origine de ces accusations. Je motiverai ensuite ma conclusion selon laquelle la présomption d'application immédiate n'est pas réfutée par une intention claire du législateur qu'il en soit autrement.

A. *Les présomptions portant sur l'intention du législateur*

[44] L'interprétation des lois vise à découvrir l'intention du législateur, qui [TRADUCTION] « désigne de façon abrégée l'intention que le tribunal prête raisonnablement au législateur à l'égard des termes employés » : *R. c. Secretary of State for the*

and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd., [2001] 2 A.C. 349 (H.L.), at p. 396; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at para. 26. The courts ascertain legislative intent by reading legislative language in context and in its grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and purpose of the legislation at issue: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at para. 27. When the legislator's words permit it, the courts will take the legislature not to have intended to work injustice or unfairness. The presumptions against the alteration of the legal character or consequences of past acts and against the interference with vested rights, as well as the presumption supporting the immediate application of purely procedural changes, are all manifestations of this posture of respect.

[45] Under the first of these presumptions, the court presumes that the legislature did not intend to change the legal character or consequences of actions that occurred before the legislation in question came into effect: *West v. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1 (C.A.), at pp. 11-12; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at p. 262; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 118. Under the second, the court presumes that the legislature did not intend to interfere with vested rights that came into being before the legislation came into effect: *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at p. 638; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 282; *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530, at paras. 32-36.

[46] These two presumptions of legislative intent are closely related. Both aim to protect parties' reliance on the law as it was at the time of acting: *Angus*, at p. 268-69; *Ciecierski v. Fenning*, 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272, at para. 29; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413. Despite the presumptions' similar motivating concerns, this Court has consistently considered them to be distinct: *Gustavson Drilling (1964) Ltd.*, at pp. 279-83; *Attorney General of Quebec*

Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd., [2001] 2 A.C. 349 (H.L.), p. 396; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 26. Les tribunaux découvrent l'intention du législateur en lisant le texte de la loi dans son contexte et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi en cause : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, par. 27. Quand les termes employés par le législateur le permettent, les tribunaux supposent qu'il ne voulait pas créer une injustice ou une iniquité. Les présomptions de non-modification de la nature ou des conséquences juridiques des actes antérieurs et de non-atteinte aux droits acquis ainsi que la présomption d'application immédiate des modifications purement procédurales témoignent toutes de cette attitude de respect.

[45] Selon la première de ces présomptions, le tribunal présume que le législateur ne voulait pas modifier la nature ou les conséquences juridiques des actes posés avant l'entrée en vigueur de la loi en question : *West c. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1 (C.A.), p. 11-12; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 262; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 118. D'après la deuxième, le tribunal présume que le législateur ne voulait pas porter atteinte aux droits acquis ayant pris naissance avant l'entrée en vigueur de la loi : *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, p. 638; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 282; *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530, par. 32-36.

[46] Ces deux présomptions portant sur l'intention du législateur sont étroitement liées et visent toutes deux à protéger le droit des parties de s'appuyer sur l'état du droit au moment des actes : *Angus*, p. 268-269; *Ciecierski c. Fenning*, 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272, par. 29; *Upper Canada College c. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413. Bien que les présomptions reposent sur les mêmes préoccupations, la Cour a toujours considéré qu'elles étaient distinctes : *Gustavson Drilling (1964)*

v. Expropriation Tribunal, [1986] 1 S.C.R. 732, at pp. 741-47; *Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880, at pp. 906-7; *Dikranian*, at paras. 29-31. However, this case does not require an examination of the nice distinctions between them.

[47] This is because neither presumption of legislative intent operates with respect to purely procedural law. And so the third presumption is that, in the absence of legislative indication to the contrary, procedural law is presumed to operate from the moment of its enactment, regardless of the timing of the facts underlying a particular case: *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, at p. 96, quoted with approval in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 62.

[48] The significance of the distinction between substantive and procedural provisions for statutory interpretation is reflected in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. On the one hand, proceedings commenced under a now-repealed provision are to continue under the procedures set out in the new provisions. On the other, the repeal of an enactment does not affect any right acquired under it. I will briefly describe the relevant provisions.

[49] The first is s. 44. It provides that where a former enactment is repealed and a new enactment is substituted for it, proceedings taken under the former enactment are to be continued in conformity with the new enactment. It further provides that "the procedure established by the new enactment shall be followed as far as it can be adapted thereto . . . in the enforcement of rights, existing or accruing under the former enactment, and . . . in a proceeding in relation to matters that have happened before the repeal": s. 44(*c*) and (*d*)(ii) and (iii). As Professor Sullivan puts it, "[t]hese provisions call for the immediate application of new procedural law to all actions, including those that were pending when the legislation came into

Ltd., p. 279-283; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732, p. 741-747; *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880, p. 906-907; *Dikranian*, par. 29-31. Il n'est toutefois pas nécessaire en l'espèce d'examiner les subtilités qui les distinguent.

[47] Il en est ainsi parce qu'aucune de ces présomptions portant sur l'intention du législateur ne s'applique quant au droit purement procédural. Par conséquent, la troisième présomption veut qu'en l'absence d'une indication contraire du législateur, une loi de nature procédurale soit réputée s'appliquer à compter de son adoption, peu importe le moment où surviennent les faits à l'origine d'une affaire donnée : *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, p. 96, cité avec approbation dans *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 62.

[48] L'importance que revêt la distinction entre les dispositions de fond et celles de procédure pour l'interprétation des lois ressort de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21. D'une part, les instances engagées sous le régime d'une disposition maintenant abrogée doivent se poursuivre sous le régime de la procédure prévue par les nouvelles dispositions. D'autre part, l'abrogation d'un texte ne porte atteinte à aucun droit acquis en vertu de ce texte. Je vais décrire brièvement les dispositions pertinentes.

[49] La première est l'art. 44 qui prévoit que, en cas d'abrogation et de remplacement d'un texte, les procédures engagées sous le régime du texte antérieur se poursuivent conformément au nouveau texte. Il prévoit en outre que « la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, dans la mesure où l'adaptation en est possible [. . .] pour l'exercice des droits acquis sous le régime du texte antérieur, [et] dans toute affaire se rapportant à des faits survenus avant l'abrogation » : al. 44*c*) et sous-al. 44*d*)(ii) et (iii). Comme le dit le professeur Sullivan, [TRADUCTION] « ces dispositions prévoient l'application immédiate des nouvelles règles procédurales à toutes les instances, notamment celles en cours au moment de l'entrée en vigueur de

force": R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 698.

[50] The second provision is s. 43. It provides that the repeal of an enactment does not affect any "right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred" under it: s. 43(*c*). As Professor Sullivan puts it, the repeal does not destroy any right or liability arising under the repealed enactment, i.e. "the repealed law continues to apply to pre-repeal facts for most purposes as if it were still good law" (p. 708).

[51] Professor Sullivan sums up the cumulative effect of these two provisions as follows: ". . . the application of new substantive law is delayed by the survival of repealed law [but] the application of new procedural law is not" (p. 698).

B. *Substantive and Procedural Law*

[52] The question is how to determine whether an enactment is substantive or procedural. A provision is substantive if it alters the legal effect of a transaction, or if it interferes with vested rights. While there have been many attempts to define what sorts of provisions interfere with substantive or vested rights, a good starting point is the statement of Duff J. in *Upper Canada College*, at p. 417, citing with approval *Moon v. Durden*, [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389, *per* Rolfe B. (at p. 396) and *per* Parke B. (at p. 398): ". . . it would not only be widely inconvenient but 'a flagrant violation of natural justice' to deprive people of rights acquired by transactions perfectly valid and regular according to the law of the time" (emphasis added). The same point is captured by the idea that a provision affects substantive or vested rights if "an act legal at the time of doing it should be made unlawful by some new enactment": *Midland Railway Co. v. Pye* (1861), 10 C.B. (N.S.) 179, 142 E.R. 419, at p. 424, cited with approval by Duff J. in *Upper Canada College*, at p. 419. Yet another way of putting it is to ask whether, if applied, the provision "would impair existing rights and obligations": *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553 (P.C.),

la loi » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 698.

[50] La deuxième est l'art. 43 qui prévoit que l'abrogation d'un texte ne porte pas atteinte aux « droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues » sous le régime du texte abrogé : al. 43*c*). Comme le dit le professeur Sullivan, l'abrogation ne supprime aucun droit ou aucune responsabilité qui découle du texte abrogé; c'est-à-dire que [TRADUCTION] « la loi abrogée continue de s'appliquer aux faits antérieurs à son abrogation dans la plupart des cas comme si elle était toujours en vigueur » (p. 708).

[51] Le professeur Sullivan résume ainsi l'effet cumulatif de ces deux dispositions : [TRADUCTION] « . . . le maintien en vigueur de la loi abrogée retarde l'application d'une nouvelle loi portant sur le fond, [mais] non celle d'une nouvelle loi de nature procédurale » (p. 698).

B. *Droit substantiel et droit procédural*

[52] Il s'agit donc de savoir comment décider si un texte législatif est de nature substantielle ou procédurale. Une disposition porte sur le fond si elle modifie l'effet juridique d'une opération ou porte atteinte à des droits acquis. Bien qu'on ait tenté à maintes reprises de déterminer quels types de disposition portent atteinte aux droits substantiels ou acquis, il convient de prendre comme point de départ l'affirmation faite dans *Moon c. Durden*, [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389, par le baron Rolfe (p. 396) et le baron Parke (p. 398) et citée avec approbation par le juge Duff dans *Upper Canada College*, p. 417 : [TRADUCTION] « . . . non seulement il serait extrêmement inopportun de priver des gens de droits acquis lors d'opérations parfaitement valides et régulières au regard du droit alors applicable, mais il s'agirait d'une "violation flagrante de la justice naturelle" » (je souligne). Ce point de vue est aussi exprimé par l'idée qu'une disposition porte atteinte à des droits substantiels ou acquis si [TRADUCTION] « un acte légal au moment de sa perpétration devient illégal en raison d'un quelconque nouveau texte » : *Midland Railway Co. c. Pye* (1861), 10 C.B. (N.S.) 179, 142 E.R. 419, p. 424, cité avec approbation par le juge Duff dans *Upper Canada College*, p. 419.

at p. 563, approved in *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41, at pp. 48-49. Most recently, the Court accepted that a vested right is one that results from a legal situation that is tangible, concrete and sufficiently constituted at the time of the enactment of the new provision: *Dikranian*, at para. 37.

[53] Procedural provisions, on the other hand, "gover[n] the methods by which facts are proven and legal consequences are established in any type of proceedings": Sullivan, at p. 698; they relate only to the method of conducting litigation, not to the removal of rights of action or defences: *Upper Canada College*, at p. 442, *per* Anglin J.; *Angus*, at p. 265. Included among such provisions are legislative prescriptions of "what evidence must be produced to prove particular facts": *Wright*, at p. 95, *per* Pollock C.B., approved in *The Ydun*, [1899] P. 236 (C.A.), at p. 245, *per* Smith L.J. and in *Upper Canada College*, at p. 444, *per* Anglin J.; see also *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 57.

[54] Underlying the distinction between substantive rights and matters of procedure is the idea that a change in procedure does not deprive anyone of rights acquired by transactions perfectly valid and regular according to the law at the time they were undertaken: *Upper Canada College*, at p. 417, *per* Duff J. In *Upper Canada College*, at p. 423, Duff J. quoted with approval the words of Mellish L.J. in *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62 (C.A.), at p. 69: "No suitor has any vested interest in the course of procedure, nor any right to complain if during the litigation the procedure is changed, provided, of course, that no injustice is done." Sometimes, the test is expressed negatively: a provision is not procedural if it "creates or impinges upon substantive or vested rights": *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 57.

Autrement dit, il faut se demander si l'application de la disposition [TRADUCTION] « porterait atteinte aux droits et aux obligations existants » : *Yew Bon Tew c. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553 (C.P.), p. 563, cité avec approbation dans *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41, p. 48-49. Plus récemment, la Cour a reconnu qu'un droit acquis résulte d'une situation juridique individualisée, concrète et constituée au moment de l'adoption de la nouvelle disposition : *Dikranian*, par. 37.

[53] Pour leur part, les dispositions procédurales [TRADUCTION] « régi[ssent] les moyens de prouver des faits et d'établir des conséquences juridiques dans tout genre d'instance » : Sullivan, p. 698. Elles ne touchent qu'au moyen de conduire un litige, et non au retrait de droits d'action ou de moyens de défense : *Upper Canada College*, p. 442, le juge Anglin; *Angus*, p. 265. Au nombre des dispositions de ce genre figurent les prescriptions législatives indiquant [TRADUCTION] « quelle preuve doit être produite pour établir des faits précis » : *Wright*, p. 95, le baron en chef Pollock, approuvé par *The Ydun*, [1899] P. 236 (C.A.), p. 245, le lord Smith, et dans *Upper Canada College*, p. 444, le juge Anglin; voir aussi *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57.

[54] La distinction entre les droits substantiels et les questions de procédure repose sur l'idée qu'un changement d'ordre procédural ne prive personne de droits acquis lors d'opérations parfaitement valides et régulières au regard du droit applicable au moment de leur conclusion : *Upper Canada College*, p. 417, le juge Duff. Le juge Duff a cité, dans cet arrêt à la p. 423, en les approuvant, les propos suivants tenus par le lord juge Mellish dans *Republic of Costa Rica c. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62 (C.A.), p. 69 : [TRADUCTION] « Aucun plaideur n'a de droit acquis quant à la façon de procéder, ni le droit de se plaindre en cas de modification de la procédure au cours d'un litige, pour autant, bien entendu, que cette modification n'entraîne pas d'injustice ». Ce test est parfois formulé sous une forme négative : une disposition n'est pas de nature procédurale si elle « crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits » : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57.

[55] A key point arising from the jurisprudence is that the courts do not classify a provision as substantive or procedural by looking simply at its form, but also at its function and effect: *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *Yew Bon Tew*, at p. 563; *Angus*, at p. 265. This applies to rules of evidence as much as it does to other procedural provisions. If a rule of evidence "either creates or impinges upon substantive or vested rights, its effects are not exclusively procedural and it will not have immediate effect": *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 57. It will be helpful to review a few examples from the Court's jurisprudence. I will begin with three cases that deal with the substantive/procedural distinction in more general terms.

[56] *Upper Canada College* is a good early example of a functional analysis. In issue in that case was a provision preventing the bringing of an action for payment of a commission for the sale of real property unless the agreement on which the action was based was in writing and signed by the party to be charged. The question was whether this provision applied to actions on oral contracts for commissions entered into before the provision came into force. It was argued that it did because the provision was purely procedural: it did not take away the right but simply the procedure for enforcing it. The majority of the Court rejected this argument and held that the provision did not apply to contracts entered into before the provision was enacted. The Court looked to the effect of the provision rather than simply to its form. While in form, the provision related to the legal remedy available, in effect, the provision "abrogat[ed] a right of action which otherwise a party to a contract might have asserted" and therefore should be seen as "prejudicially affecting an 'existing legal right or status'": p. 431, *per* Duff J.

[57] *Angus* provides another good example of the focus on function over form. The question there

[55] Il ressort notamment de la jurisprudence que les tribunaux ne déterminent pas qu'une disposition est de nature substantielle ou de nature procédurale en examinant simplement sa forme; ils en analysent aussi la fonction et l'effet : *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *Yew Bon Tew*, p. 563; *Angus*, p. 265. Cela vaut autant pour les règles de preuve que pour les autres dispositions procédurales. Si une règle de preuve « crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits, elle n'a pas une incidence strictement procédurale et elle ne prend pas effet immédiatement » : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57. Il est utile de revenir sur quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour. J'étudierai d'abord trois arrêts qui portent de façon plus générale sur la distinction entre le fond et la procédure.

[56] *Upper Canada College* est un bon exemple d'arrêt ancien où la Cour a procédé à une analyse fonctionnelle. Il y était question d'une disposition interdisant d'intenter une action en paiement d'une commission sur la vente d'un immeuble, à moins que l'entente sur laquelle se fondait l'action ait été faite par écrit et signée par la partie visée. Il s'agissait de savoir si cette disposition s'appliquait aux actions visant les contrats oraux de commission conclus avant son entrée en vigueur. On a fait valoir qu'il fallait répondre par l'affirmative à cette question parce que la disposition était purement procédurale : elle écartait non pas le droit, mais seulement la procédure d'exercice de ce droit. La Cour à la majorité a rejeté cet argument et décidé que la disposition ne s'appliquait pas aux contrats conclus avant son adoption. La Cour a examiné l'effet de la disposition, et non pas simplement sa forme. Bien que la disposition se soit rapportée en apparence au recours judiciaire possible, elle [TRADUCTION] « annulait [en fait] un droit d'action qu'une partie à un contrat aurait pu autrement faire valoir » et il fallait donc la considérer comme « portant atteinte à un "droit ou à un statut conféré par la loi" » : p. 431, le juge Duff.

[57] L'arrêt *Angus* illustre également bien l'accent mis sur la fonction plutôt que sur la forme. Dans

was whether legislation abolishing spousal immunity in tort should be applied to allegedly tortious conduct occurring before its enactment.

[58] The Court answered this question in the negative and characterized the provisions as dealing with substantive rights. La Forest J. for the Court stated, at p. 265, that "[n]ormally, rules of procedure do not affect the content or existence of an action or defence (or right, obligation, or whatever else is the subject of the legislation), but only the manner of its enforcement or use" (emphasis in original). As he noted, it was difficult to see how the provisions in issue affected procedure at all (p. 265). They did not regulate what evidence was or was not admissible or what fact should be presumed upon proof of other facts. Rather, the provisions did away with what at the time of the conduct in question had been a complete exemption from tort liability.

[59] In *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, the question was whether new provisions of the *Criminal Code* permitting judicial investigative hearings, under which a person could be ordered to attend and compelled to answer questions, could be invoked in relation to events that occurred prior to their enactment. The Court concluded that the provisions did apply because they were exclusively procedural in nature (para. 61). As Iacobucci and Arbour JJ. put it, at para. 60, "while the judicial investigative hearing may generate information pertaining to an offence . . . the hearing itself remains procedural. In the manner of other procedural tools such as DNA and wiretap authorizations, s. 83.28 provides a mechanism for the gathering of information and evidence in the ongoing investigation of past, present, and future offences." In other words, the appellant did not have a substantive right not to be examined in accordance with this procedure (para. 66).

cette affaire, il s'agissait de savoir si la loi abolissant l'immunité des époux en matière délictuelle devait s'appliquer aux actes prétendument délictueux commis avant son adoption.

[58] La Cour a répondu à cette question par la négative et déclaré que les dispositions traitaient de droits substantiels. Le juge La Forest a affirmé au nom de la Cour, aux p. 265-266, que « [n]ormalement, les règles de procédure n'ont pas d'effet sur le contenu ou sur l'existence d'une action ou d'un moyen de défense (ou d'un droit, d'une obligation ou de quelque autre objet de la loi), mais seulement sur la manière de l'appliquer ou de l'utiliser » (souligné dans l'original). Comme l'a fait remarquer le juge La Forest, il était difficile de voir de quelle façon la procédure était touchée par les dispositions en question (p. 265). Les dispositions ne réglementaient ni les éléments de preuve admissibles ou non, ni les faits dont il faut présumer l'existence lorsque d'autres faits sont établis. Elles ont plutôt écarté ce qui constituait une exemption complète de responsabilité civile délictuelle au moment de la conduite en question.

[59] L'arrêt *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)* portait, pour sa part, sur la question de savoir s'il était possible d'invoquer les nouvelles dispositions du *Code criminel* autorisant la tenue d'investigations judiciaires — auxquelles une personne pouvait recevoir l'ordre de se présenter afin de répondre à des questions — dans le cas d'événements survenus avant leur adoption. Selon la Cour, les dispositions s'appliquaient effectivement parce qu'elles étaient de nature strictement procédurale : par. 61. Comme l'ont dit les juges Iacobucci et Arbour, au par. 60, « bien qu'elle puisse permettre d'obtenir des renseignements relatifs à une infraction [. . .] l'investigation judiciaire elle-même reste de nature procédurale. À l'instar d'autres outils procéduraux, telles les empreintes génétiques et les autorisations d'écoute électronique, l'art. 83.28 offre un moyen de recueillir des renseignements et des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête portant sur des infractions passées, présentes et futures. » Autrement dit, l'appelant ne disposait pas du droit substantiel de ne pas être interrogé selon cette procédure (par. 66).

[60] I turn now to the jurisprudence of this Court that relates more specifically to evidentiary matters. In *Howard Smith*, the question was whether an amended provision of the *Combines Investigation Act* applied in a prosecution for a conspiracy alleged to have been completed before the amendment came into force. The effect of the provision was to make admissible in evidence documents described as "inter-office memoranda" and to deem them to be *prima facie* evidence against the corporation in whose possession they were found and also against the persons named in them: *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1927, c. 26, s. 41, as enacted by S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 12, renumbered and amended by S.C. 1952, c. 39. The Court unanimously held that this provision was procedural and therefore applied to a trial held after it came into force. As Cartwright J. put it, at p. 420: "While [the provision] makes a revolutionary change in the law of evidence, it creates no offence, it takes away no defence, it does not render criminal any course of conduct which was not already so declared before its enactment, it does not alter the character or legal effect of any transaction already entered into; it deals with a matter of evidence only . . ." (emphasis added). Thus, evidence that before the enactment would not have been cogent evidence of guilt became such evidence as a result of the enactment, yet the Court concluded nonetheless that the enactment was procedural in nature and applied to the proceedings. Simply making inculpatory evidence admissible that was previously inadmissible did not "take away" a defence.

[61] *Howard Smith* is also helpful in defining the scope of what is meant by rules of evidence. Cartwright J., at p. 419, approving a passage from the 9th edition of *Phipson on the Law of Evidence* (1952) (at p. 1), referred to substantive law as defining rights, duties and liabilities and adjective law as defining procedure, pleading and proof by which the substantive law is applied in practice. The passage from *Phipson on Evidence* quoted by Cartwright J. further refers to proof as "the

[60] Je passe maintenant à la jurisprudence de la Cour qui traite plus particulièrement des questions de preuve. Dans *Howard Smith*, il fallait déterminer si une disposition modifiée de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* s'appliquait à une poursuite intentée relativement à un complot qui aurait été mené à terme avant l'entrée en vigueur de la modification. La disposition avait pour effet de rendre admissibles en preuve des documents qualifiés de [TRADUCTION] « notes internes » et indiquait qu'ils étaient réputés être une preuve *prima facie* contre la société en possession de qui ils étaient trouvés et contre les personnes qui étaient nommées : *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1927, ch. 26, art. 41, telle qu'elle a été édictée par S.C. 1949 (2e sess.), ch. 12, puis renumérotée et modifiée par S.C. 1952, ch. 39. La Cour a conclu à l'unanimité que cette disposition était de nature procédurale et qu'elle s'appliquait donc aux procès tenus après son entrée en vigueur. Comme l'a dit le juge Cartwright, à la p. 420 : [TRADUCTION] « Bien que [la disposition] entraîne une modification majeure du droit de la preuve, elle ne crée aucune infraction, elle n'écarte aucun moyen de défense, elle n'incrimine aucune conduite qui ne l'était pas déjà avant son adoption, elle ne modifie la nature ou l'effet juridique d'aucune opération déjà complétée; elle porte uniquement sur une question de preuve . . . » (je souligne). Ainsi, une preuve qui n'aurait pas constitué une preuve concluante de culpabilité avant l'adoption de la modification est devenue une telle preuve par suite de cette adoption; la Cour a néanmoins attribué au texte une nature procédurale et l'a appliqué à l'instance. Le simple fait de rendre admissible une preuve incriminante qui ne l'était pas auparavant n'a pas pour effet d'« écarter » un moyen de défense.

[61] L'arrêt *Howard Smith* est également utile pour délimiter la portée de ce que l'on entend par règle de preuve. Approuvant un passage de la 9e édition de l'ouvrage *Phipson on the Law of Evidence* (1952) (p. 1), le juge Cartwright y a mentionné, à la p. 419, que le droit substantiel définit les droits, les obligations et les responsabilités tandis que le droit adjectival définit la procédure, les actes de procédure et la preuve qui permettent d'appliquer le droit substantiel. Le passage de *Phipson*

establishment of such facts by proper legal means to the satisfaction of the Court".

[62] Further guidance is offered by *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311. At issue there was whether a new provision in the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, would apply at the accused's trial relating to events that had arisen before its enactment. Section 4(3.1) of the *Canada Evidence Act* made the spouse of an accused a competent and compellable witness for the prosecution where the complainant or victim was under 14 years of age. Lamer J. (as he then was) held for the Court that the incompetence and non-compellability of witnesses is "not the result of a substantive right to confidentiality and is merely procedural": p. 332. He also noted that one test of whether a provision is substantive or procedural is whether it is [TRANSLATION] "independent of the existence of an issue" and whether it is "not affected by the fact that there is litigation in progress": pp. 331-32, citing P. Roubier, *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps* (2nd ed. 1960), at p. 237.

[63] Lamer J. recognized, however, that some presumptions could be substantive. He gave the example of the presumption of advancement which was held by the Court in *Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 S.C.R. 548, at p. 557, to be substantive. The presumption of advancement is a rebuttable presumption that when a conveyance is made from a husband to his wife, the consideration given by the husband is intended to advance the wife. It therefore must be seen as affecting the legal rights as between the husband and wife at the time of the conveyance and as not being in any way affected by the fact that there is litigation in progress.

[64] The result of the decision in *Wildman* was that the new provision applied at the trial even though at the time of the alleged offence, the accused's spouse would not have been a compellable witness

on Evidence cité par le juge Cartwright précise en outre que la preuve [TRADUCTION] « consiste à établir ces faits par des moyens juridiques appropriés à la satisfaction de la Cour ».

[62] L'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, donne des indications supplémentaires. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si une nouvelle disposition de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, s'appliquerait lors du procès intenté contre l'accusé relativement à des événements survenus avant son adoption. Le paragraphe 4(3.1) de cette loi prévoyait que le conjoint de l'accusé était un témoin compétent et contraignable pour la poursuite lorsque le plaignant ou la victime était âgé de moins de 14 ans. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a conclu, au nom de la Cour, que l'inhabilité et la non-contraignabilité à témoigner « ne résultent pas d'une règle de fond en matière de confidentialité, il s'agit d'une simple règle de procédure » : p. 332. Il a aussi précisé qu'un test servant à déterminer si une disposition est de nature substantielle ou de nature procédurale consiste à se demander si elle est « indépendant[e] de l'existence d'un litige » et si elle n'est « pas modifié[e] par la survenance d'un procès » : p. 331-332, citant P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps* (2e éd. 1960), p. 237.

[63] Le juge Lamer a cependant reconnu que certaines présomptions pourraient relever du fond. Il a cité l'exemple de la présomption de donation, que la Cour a jugée comme portant sur le fond dans *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548, p. 557. La présomption de donation est une présomption réfutable selon laquelle, lorsqu'un mari consent un transfert à son épouse, l'avantage consenti par le mari est censé profiter à l'épouse. Il faut donc considérer que cette présomption a un effet sur les droits dont jouissaient entre eux le mari et son épouse au moment du transfert et qu'elle n'est pas touchée de quelque façon que ce soit par la survenance d'un litige.

[64] Étant donné la décision rendue dans *Wildman*, la nouvelle disposition s'appliquait lors du procès même si, au moment de l'infraction reprochée, l'épouse de l'accusé n'aurait pas pu être

for the Crown. As in *Howard Smith*, potentially important evidence of guilt was inadmissible at the time of the events giving rise to the trial but was nonetheless held to be admissible at trial by virtue of the new rules of evidence.

[65] I turn next to *E. (A.W.)*. The issue relevant for our purposes was whether the repeal of the corroboration requirement for a child's unsworn evidence applied to trials occurring after the repeal but in relation to events that occurred before. Lamer C.J. (in dissent, but not on this point) concluded that the corroboration provision was part of the law of evidence and that it is "the law of evidence at the time of trial that prevails": p. 189. Thus, potentially important inculpatory evidence which would not have been admitted without corroboration at the time of the alleged crime would be admissible without it under the new rules in effect at the time of trial.

[66] From this review of the case law, we may conclude:

1. Substantive provisions "alter the character or legal effect of any transaction" (*Howard Smith*, at p. 420). This includes taking away a previously-available defence (*Upper Canada College*; *Howard Smith*; *Angus*). The operation of such provisions is not affected by the fact that there is litigation in progress (*Wildman*).

2. Procedural provisions "gover[n] the methods by which facts are proven and legal consequences are established" (Sullivan, at p. 698). Their operation is generally dependent on the existence of litigation.

3. Rules of evidence are considered to be procedural in nature unless in effect they impact on substantive rights: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 57.

contrainte à témoigner pour le ministère public. Tout comme dans *Howard Smith*, une preuve de culpabilité potentiellement importante était irrecevable au moment des événements à l'origine du procès, mais elle a malgré tout été jugée admissible au procès en raison des nouvelles règles de preuve.

[65] Je passe maintenant à l'arrêt *E. (A.W.)*. La question importante pour les besoins du présent pourvoi était de savoir si l'abrogation de l'exigence de corroboration du témoignage d'un enfant qui n'a pas prêté serment s'appliquait aux procès tenus après l'abrogation de cette exigence, mais découlant d'événements survenus avant son abrogation. Le juge en chef Lamer (dissident, mais non sur ce point) a conclu que la disposition relative à la corroboration faisait partie du droit de la preuve et que c'était « les règles de preuve en vigueur à l'époque du procès qui s'appliqu[aient] » : p. 189. Une preuve inculpatoire potentiellement importante qui n'aurait pas été admise sans corroboration au moment du crime reproché serait donc recevable en vertu des nouvelles règles en vigueur au moment du procès.

[66] Nous pouvons tirer de cette étude de la jurisprudence les conclusions suivantes :

1. Les dispositions de fond [TRADUCTION] « modifient la nature ou l'effet juridique d'une opération » (*Howard Smith*, p. 420), notamment en écartant un moyen de défense qui pouvait être invoqué auparavant (*Upper Canada College*; *Howard Smith*; *Angus*). L'application des dispositions de ce genre n'est pas modifiée par la survenance d'un litige (*Wildman*).

2. Les dispositions procédurales [TRADUCTION] « régi[ssent] les moyens de prouver des faits et d'établir des conséquences juridiques » (Sullivan, p. 698). Leur application est habituellement fonction de l'existence d'un litige.

3. Les règles de preuve sont considérées comme étant de nature procédurale, sauf si elles ont en fait une incidence sur des droits substantiels : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57.

4. Rules of evidence are concerned with "the establishment [or disproof] of … facts by proper legal means": *Howard Smith*, at p. 419, citing *Phipson on Evidence*, at p. 1.

5. Provisions which make evidence admissible that was previously inadmissible or change the conditions under which evidence may be admitted are procedural. This is true even if the new provisions make admissible important incriminating evidence that was formerly excluded. Examples include provisions which: make a revolutionary change in the admissibility and effect of documentary evidence (*Howard Smith*); make a previously non-compellable witness compellable for the Crown (*Wildman*); and repeal the corroboration requirement for a child's unsworn evidence: *E. (A.W.)*.

C. *The Provisions Are Procedural*

[67] In my view, the provisions in issue here are purely procedural. They meet all of the tests enunciated in the Court's jurisprudence for determining whether a provision is procedural and they have none of the characteristics of provisions which are properly characterized as substantive.

[68] The provisions deal with factual presumptions and what is required to rebut them. To use the words approved by Cartwright J. in *Howard Smith*, these provisions deal with the "establishment of . . . facts" by proper legal means. Evidentiary provisions like these are ordinarily considered to be procedural. Procedural provisions generally depend for their operation upon the existence of litigation. The provisions in question here do not operate unless there is a trial in which the blood alcohol level as indicated by the breathalyzer is contested: they are irrelevant unless and until there actually is litigation. The provisions do not "render criminal any course of conduct which was not already so declared before [their] enactment" (*Howard Smith*,

4. Les règles de preuve portent sur [TRADUCTION] « l'établissement [ou la réfutation] de [. . .] faits par des moyens juridiques appropriés » : *Howard Smith*, p. 419, citant *Phipson on Evidence*, p. 1.

5. Les dispositions qui rendent admissible une preuve qui ne l'était pas auparavant ou modifient les conditions d'admissibilité de la preuve sont de nature procédurale. Cela vaut même pour les nouvelles dispositions qui rendent admissible une preuve incriminante importante qui était auparavant exclue. Mentionnons, à titre d'exemple, les dispositions qui : entraînent une modification majeure de l'admissibilité et de l'effet de la preuve documentaire (*Howard Smith*); rendent contraignable à témoigner pour le ministère public une personne qui ne l'était pas auparavant (*Wildman*); et qui abrogent l'exigence de corroboration du témoignage d'un enfant qui n'a pas prêté serment : *E. (A.W.)*.

C. *Les dispositions en cause sont de nature procédurale*

[67] Les dispositions en cause ici me semblent purement procédurales. Elles satisfont à tous les critères énoncés par la Cour dans sa jurisprudence pour établir qu'une disposition est de nature procédurale, et elles n'ont aucune des caractéristiques des dispositions considérées à juste titre comme relevant du fond.

[68] Les dispositions sur lesquelles nous sommes appelés à nous pencher traitent de présomptions de fait et des éléments de preuve nécessaires pour les réfuter. Pour reprendre les termes approuvés par le juge Cartwright dans *Howard Smith*, ces dispositions intéressent l'[TRADUCTION] « établissement [. . .] de faits » par des moyens juridiques appropriés. Les dispositions relatives à la preuve comme celles en cause en l'espèce sont habituellement considérées de nature procédurale. L'application des dispositions procédurales est généralement fonction de l'existence d'un litige. Or, les dispositions en cause ici ne s'appliquent que s'il y a un procès où l'on conteste l'alcoolémie établie par l'alcootest : elles ne sont pertinentes que s'il y a bel et bien

at p. 420); the elements of the offence which must be established have not changed. They do not affect the content or existence of an action or defence; they regulate the types of evidence required to rebut factual presumptions. Provisions such as these that alter the mode of procedure in the conduct of a defence are still procedural: *Angus*, at p. 266. The provisions in issue thus have all the hallmarks of procedural provisions.

[69] Moreover, the provisions have none of the hallmarks of substantive provisions. They do not attach new consequences to past acts or change the substantive content of a defence. They do not change the existence or content of a right. The elements of the offence have not changed and it remains open to the accused to point to evidence raising a reasonable doubt about the existence of those elements. The provisions do not make conduct unlawful that was lawful at the time it occurred.

[70] My colleague Deschamps J. writes that the provisions have eliminated or neutered a defence. I respectfully disagree. The provisions limit the scope of admissible evidence which could formerly have been adduced in order to attempt to raise a reasonable doubt about one of the essential elements of the offence. The so-called "*Carter* defence" in reality is a particular type of evidence adduced in order to raise a reasonable doubt. If these provisions are characterized as taking away a defence, then any evidentiary provision that increases the risk of conviction would have to be so characterized. The jurisprudence of this Court, reviewed above, makes clear in my view that this is not the case.

[71] The Court has held in *St-Onge Lamoureux* that limiting the admissibility of *Carter* evidence does not infringe an accused's s. 7 *Charter* right to make full answer and defence. If the limitation on

un litige. Elles n'[TRADUCTION] « incrimine[nt] aucune conduite qui ne l'était pas déjà avant [leur] adoption » (*Howard Smith*, p. 420); les éléments de l'infraction à établir n'ont pas changé. Elles n'ont pas d'effet sur le contenu ou sur l'existence d'une action ou d'un moyen de défense; elles réglementent les types de preuve nécessaires pour réfuter les présomptions de fait. Les dispositions comme celles en cause en l'espèce qui modifient le mode de procédure dans la production d'une défense restent de nature procédurale : *Angus*, p. 266. Les dispositions dont il est question ici ont donc toutes les caractéristiques des dispositions procédurales.

[69] Qui plus est, ces dispositions n'ont aucune des caractéristiques des dispositions de fond. Elles ne confèrent pas de conséquences nouvelles à des actes antérieurs, ni ne modifient le contenu substantiel d'un moyen de défense. Elles n'influent pas sur l'existence ou sur le contenu d'un droit. Les éléments de l'infraction n'ont pas changé et il demeure loisible à l'accusé de présenter une preuve soulevant un doute raisonnable quant à l'existence de ces éléments. Les dispositions n'interdisent pas une conduite qui était légale au moment où elle est survenue.

[70] Ma collègue la juge Deschamps écrit que les dispositions ont supprimé ou neutralisé un moyen de défense. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Les dispositions limitent l'éventail des éléments de preuve admissibles qui auraient pu être produits auparavant pour tenter de soulever un doute raisonnable au sujet d'un des éléments essentiels de l'infraction. Ce que l'on appelle la « défense de type *Carter* » est en fait un type particulier de preuve présentée afin de soulever un doute raisonnable. Si on considère que ces dispositions écartent un moyen de défense, il faudrait alors considérer que toute disposition relative à la preuve qui augmente le risque de condamnation a le même effet. À mon avis, la jurisprudence de la Cour que je viens d'examiner indique clairement qu'il n'en est rien.

[71] La Cour a conclu dans *St-Onge Lamoureux* que la limitation de l'admissibilité d'une preuve de type *Carter* ne porte pas atteinte au droit garanti à un accusé par l'art. 7 de la *Charte* de présenter

the availability of *Carter* evidence does not take away a defence for the purposes of the *Charter*, it cannot be that the same limitation is substantive because it somehow does take away a defence.

[72] The decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Gervais* (1978), 43 C.C.C. (2d) 533, is of no assistance to the appellant. *Gervais* concerned a change to rights of appeal. The jurisprudence from this Court has long made clear that the right of appeal is a substantive right, not a matter of procedure: see, e.g., *Taylor v. The Queen* (1876), 1 S.C.R. 65; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038, at pp. 1041-42; *R. v. Puskas*, [1998] 1 S.C.R. 1207, at para. 6.

[73] I cannot accept the suggestion that the fact that the provision is found to limit an accused's right to be presumed innocent under s. 11(*d*) of the *Charter* supports the conclusion that the provision is substantive. There are two points. First, procedural provisions may limit *Charter* rights or indeed violate the *Charter* just as readily as substantive ones. The *Charter* analysis says nothing about the nature of the provisions for the purposes of applying the presumption that procedural provisions have immediate effect. Second, I agree with my colleague Deschamps J. (at para. 14) that we must assess the temporal application of these provisions on the basis of the provisions as they stand following the Court's decision in *St-Onge Lamoureux*. The provisions in that form do not violate the *Charter*. I respectfully do not accept that the fact that they have been found to be reasonably justified as opposed to not limiting the rights in question at all has anything to do with whether the provisions interfere with substantive rights.

[74] I conclude that the provisions relate only to the rules of evidence which apply at trial and

une défense pleine et entière. Si la restriction de la possibilité de produire une preuve de type *Carter* n'écarte pas un moyen de défense pour l'application de la *Charte*, il est impossible que la même restriction soit de nature substantielle parce qu'elle écarte bel et bien d'une certaine manière un moyen de défense.

[72] L'arrêt *R. c. Gervais*, [1978] J.Q. n^{o} 181 (QL), de la Cour d'appel du Québec n'est d'aucune utilité pour l'appelant. Il y était question d'une modification des droits d'appel. La jurisprudence de la Cour établit clairement depuis longtemps que le droit d'appel est un droit substantiel, et non une question de procédure : voir, p. ex., *Taylor c. The Queen* (1876), 1 R.C.S. 65; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038, p. 1041-1042; *R. c. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207, par. 6.

[73] Je ne puis accepter la proposition selon laquelle le fait que la disposition limite le droit de l'accusé d'être présumé innocent protégé par l'al. 11*d*) de la *Charte* soutient la conclusion que la disposition en est une de fond, et ce, pour deux raisons. Premièrement, les dispositions procédurales peuvent limiter les droits garantis par la *Charte* ou même contrevenir à la *Charte* tout autant que les dispositions de fond. L'analyse fondée sur la *Charte* ne nous apprend rien au sujet de la nature des dispositions pour l'application de la présomption d'application immédiate des dispositions procédurales. Deuxièmement, je souscris à l'opinion qu'exprime ma collègue la juge Deschamps, au par. 14, qu'il nous faut examiner l'application temporelle de ces dispositions telles qu'elles sont par suite de l'arrêt *St-Onge Lamoureux* de la Cour. Les dispositions ainsi formulées ne contreviennent pas à la *Charte*. Avec égards, je ne peux toutefois convenir que le fait d'avoir conclu que ces dispositions sont raisonnablement justifiées plutôt que d'avoir conclu qu'elles ne limitent aucunement les droits en cause a un rapport quelconque avec la question de savoir si les dispositions portent atteinte à des droits substantiels.

[74] Je conclus que les dispositions ne concernent que les règles de preuve applicables lors d'un

that they are therefore purely procedural. As I have explained earlier in these reasons, the standard position on the temporal applicability of procedural provisions is that they operate with immediate effect.

D. *The Presumption of Immediate Application Is Not Rebutted*

[75] That brings us to the second question on the appeal: even if the provisions are procedural, do the surrounding circumstances or the language of the provisions rebut the presumption that they are to be applied immediately?

[76] The appellant submits that the legislation does not indicate that Parliament intended any part of the amended provisions to apply with respect to events that occurred before their enactment. The answer to this point, as I see it, is that the provisions are purely procedural and therefore their temporal application is well settled by the common law and reinforced by the provisions of the *Interpretation Act*. Parliament is deemed to know the law.

[77] The appellant also submits that, had it been Parliament's intent that these provisions should have immediate application, it would have taken steps before they came into effect to ensure that evidence crucial to the defence, such as video-recordings of breath testing, was preserved and that disclosure practices were modified accordingly. Respectfully, these considerations do not point to parliamentary intent that these procedural provisions should not take immediate effect. Video-recordings, disclosure and evidence about how the device performed on the occasion in question were all important and highly relevant to the defence before as well as after these provisions came into effect. The limitation on the admissibility of *Carter* evidence in these provisions did not suddenly render this other evidence relevant or important. It was always relevant and important. Furthermore, Parliament has made no provision for these matters for any cases, whether they arose before or after the amendments came into effect. I cannot see how Parliament's inaction in this regard before the amendments' enactment can reveal legislative intent against immediate

procès et qu'elles sont donc purement procédurales. Comme je l'ai déjà expliqué, l'opinion répandue sur l'application temporelle des dispositions procédurales veut qu'elles s'appliquent avec effet immédiat.

D. *La présomption d'application immédiate n'est pas réfutée*

[75] Cela nous amène à la deuxième question sur laquelle porte le pourvoi : malgré la nature procédurale des dispositions, la présomption qu'elles doivent s'appliquer immédiatement est-elle réfutée par leur libellé ou l'ensemble des circonstances?

[76] Selon l'appelant, la loi n'indique pas que le législateur voulait qu'une partie quelconque des dispositions modifiées s'applique à des événements survenus avant leur adoption. De mon point de vue, la réponse sur ce point est que les dispositions sont purement procédurales et que leur application dans le temps est donc bien établie par la jurisprudence et renforcée par les dispositions de la *Loi d'interprétation*. Le législateur est réputé connaître la loi.

[77] Toujours selon l'appelant, si le législateur avait voulu que ces dispositions s'appliquent immédiatement, il aurait pris des mesures avant leur entrée en vigueur pour s'assurer que les éléments de preuve essentiels à la défense, comme les bandes vidéo des alcootests, soient conservés et que les pratiques en matière de communication de la preuve soient modifiées en conséquence. En toute déférence, ces considérations n'indiquent pas que le législateur voulait que ces dispositions procédurales ne prennent pas effet immédiatement. Les bandes vidéos, la communication de la preuve et les éléments de preuve relatifs au fonctionnement de l'appareil au moment en question étaient tous importants et fort pertinents pour la défense tant avant qu'après l'entrée en vigueur de ces dispositions. La limitation de l'admissibilité de la preuve de type *Carter* prévue par ces dispositions n'a pas rendu soudainement cette autre preuve pertinente ou importante. Elle a toujours été pertinente et importante. Qui plus est, le législateur n'a édicté aucune disposition à l'égard de ces éléments pour quelque affaire que ce soit, que l'affaire

application, given that Parliament has been similarly inactive after the amendments have come into force. It is therefore difficult for me to understand how the absence of these sorts of provisions supports the view that they were not intended to have immediate effect.

[78] The Court's decision in *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221, is not in my view of assistance to the appellant. In that case, this Court considered the applicability of amendments that required a certificate to be based on two breath samples — not only one as in the previous legislation — to give rise to the presumption of accuracy. This amendment was accompanied by another amendment allowing peace officers to take more than one sample. Pratte J., writing for the majority, assumed but did not decide that the first-mentioned amendment was procedural. However, he decided that this amendment did not apply to events that occurred before its coming into force, since before the amendment, it was not legally possible to obtain the required two breath samples, but after the amendment it was. The amendment to the amount of samples required for a valid certificate "cannot be taken to refer to samples of breath that could not be legally demanded at the time of the offence" (p. 239). The changes to the legislative scheme as a whole demonstrated that, for cases arising before the amendments, Parliament intended the old law to remain effective. I respectfully do not see any parallel between that situation and the present one. As mentioned in the previous paragraph, the amendments in issue here were not accompanied by other amendments changing the legal availability of relevant evidence. Nor did they make evidence relevant that was not equally relevant before their enactment. The questions of whether the breathalyzer device malfunctioned or was improperly operated were highly relevant to an accused before as well as after the amendments. It cannot be said, in my respectful view, that the effect of the amended provisions was to require an accused to adduce evidence that he or she had no reason to gather before

soit survenue avant ou après l'entrée en vigueur des modifications. Je ne vois pas comment l'inaction du législateur à cet égard avant l'adoption des modifications peut traduire son souhait que les modifications ne s'appliquent pas immédiatement, vu qu'il est resté tout aussi inactif après l'entrée en vigueur des modifications. Il m'est donc difficile de comprendre comment l'absence de ce genre de dispositions appuie la thèse qu'elles n'étaient pas censées prendre effet immédiatement.

[78] À mon avis, l'arrêt *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221, de la Cour n'est d'aucune utilité pour l'appelant. La Cour y a examiné l'applicabilité de modifications selon lesquelles un certificat devait se fonder sur deux échantillons d'haleine — et non pas un seul comme le prévoyait l'ancienne disposition législative — pour donner ouverture à la présomption d'exactitude. À cette modification s'en ajoutait une autre qui autorisait les agents de la paix à prendre plus d'un échantillon. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Pratte a tenu pour acquis, mais n'a pas décrété, que la première modification mentionnée était de nature procédurale. Il a toutefois décidé que cette modification ne s'appliquait pas aux événements survenus avant son entrée en vigueur, parce qu'il n'était pas légalement possible auparavant d'obtenir les deux échantillons d'haleine exigés alors qu'il était possible de les obtenir après l'entrée en vigueur de la modification. La modification du nombre d'échantillons nécessaires à l'obtention d'un certificat valide « ne peut se rapporter à des échantillons d'haleine qui ne pouvaient légalement faire l'objet d'une sommation au moment de l'infraction » : p. 239. Il ressort de l'ensemble des changements apportés au régime législatif que le législateur voulait que l'ancienne règle de droit continue de s'appliquer dans les affaires survenues avant les modifications. Avec égards, je ne vois aucun parallèle entre cette situation et celle de l'espèce. Comme je l'ai mentionné au paragraphe précédent, les modifications en cause dans la présente affaire n'étaient pas accompagnées d'autres modifications touchant la preuve pertinente qui, selon la loi, pouvait être présentée. Elles n'ont pas non plus rendu pertinente une preuve qui ne l'était pas avant leur adoption. Les questions de savoir si l'alcootest a mal fonctionné ou a été

the provisions came into force. An accused had every reason to gather such evidence before as well as after the enactment of these provisions.

E. *Conclusion*

[79] I am therefore of the view that the amendments to s. 258(1) were purely procedural. They did not bring about any substantive right. Nor did they alter the facts with respect to which a reasonable doubt must be raised in order to rebut the presumptions that s. 258(1) creates. The amendments are subject to the presumption of immediate application, and there is nothing to rebut the presumption. I am reinforced in this view by the fact that in addition to the Ontario Court of Appeal in this case, the courts of appeal for Alberta, British Columbia and Quebec have reached the same conclusions: *R. v. Gartner*, 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268; *R. v. Truong*, 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248; *R. v. Loiseau*, 2010 QCCA 1872 (CanLII).

[80] The amended version of s. 258(1) is therefore applicable to all s. 253 charges, whether the facts that ground them occurred before or after the amendments' enactment. This includes the charges against the appellant.

V. Disposition

[81] I would dismiss the appeal and uphold the Court of Appeal's order for a new trial. This trial should apply the amended provisions, as severed in this Court's concurrently released decision in *St-Onge Lamoureux*.

Appeal allowed, McLachlin C.J. *and* Rothstein *and* Cromwell JJ. *dissenting.*

utilisé incorrectement étaient fort pertinentes pour un accusé tant avant qu'après l'entrée en vigueur des modifications. À mon humble avis, on ne saurait dire que ces dispositions modifiées ont eu pour effet d'obliger un accusé à produire des éléments de preuve qu'il n'avait aucune raison de réunir avant leur entrée en vigueur. Un accusé avait toutes les raisons de réunir de tels éléments de preuve tant avant qu'après l'adoption de ces dispositions.

E. *Conclusion*

[79] J'estime donc que les modifications du par. 258(1) sont de nature purement procédurale. Elles ne font intervenir aucun droit substantiel, ni ne modifient les faits à l'égard desquels il est possible de soulever un doute raisonnable afin de réfuter les présomptions créées par le par. 258(1). Les modifications sont présumées s'appliquer immédiatement, et rien ne réfute cette présomption. Je suis conforté dans mon opinion par le fait qu'outre la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, les cours d'appel de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et du Québec sont arrivées aux mêmes conclusions : *R. c. Gartner*, 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268; *R. c. Truong*, 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248; *R. c. Loiseau*, 2010 QCCA 1872, [2010] R.J.Q. 2246.

[80] La version modifiée du par. 258(1) s'applique donc à toutes les accusations portées en vertu de l'art. 253, notamment celles portées contre l'appelant, que les faits sur lesquels elles reposent se soient produits avant ou après l'adoption des modifications.

V. Dispositif

[81] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel portant nouveau procès. Les dispositions modifiées, telles qu'elles ont été scindées dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux* rendu par la Cour en même temps que le présent arrêt, doivent s'appliquer à ce nouveau procès.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin *et les juges* Rothstein *et* Cromwell *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant: Burstein Bryant, Toronto; J. Thomas Wiley, Brampton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal and Québec.

Procureurs de l'appelant : Burstein Bryant, Toronto; J. Thomas Wiley, Brampton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Montréal et Québec.