

**Kevin Patrick Gubbins** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

- and -

**Darren John Chip Vallentgoed** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Director of Criminal and Penal Prosecutions** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. GUBBINS**

**2018 SCC 44**

File Nos.: 37395, 37403.

2018: February 6; 2018: October 26.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Evidence — Disclosure — Breathalyzer maintenance records — Scope of Crown’s disclosure obligations — Crown refusing disclosure of maintenance records for breathalyzer devices to accused charged with impaired driving and driving with blood alcohol level over limit — Whether maintenance records subject to first party disclosure rules or third party disclosure rules — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).*

**Kevin Patrick Gubbins** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureure générale de l’Ontario** *Intervenante*

- et -

**Darren John Chip Vallentgoed** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureure générale de l’Ontario et directeur des poursuites criminelles et pénales** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. GUBBINS**

**2018 CSC 44**

N<sup>os</sup> du greffe : 37395, 37403.

2018 : 6 février; 2018 : 26 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Droit criminel — Preuve — Communication de la preuve — Registres d’entretien de l’alcooltest — Étendue des obligations du ministère public en matière de communication de la preuve — Refus du ministère public de communiquer les registres d’entretien des alcooltests au prévenu accusé de conduite avec les facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise — Les registres d’entretien sont-ils assujettis aux règles de communication de la preuve par la partie principale ou à celles de communication de la preuve par un tiers? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 258(1)c.*

V and G were each charged with impaired driving and with driving “over 80”. Their breath samples were obtained and analyzed using approved instruments and standard procedures. At each step of the process, the breathalyzers performed internal and external diagnostic tests to ensure accuracy of the results and generated printed results. The printouts indicated that the instruments functioned properly. The Crown disclosed a standard package of documents related to the process. Both V and G requested additional disclosure, namely of the maintenance records for the breathalyzers used to obtain their breath samples. The Crown produced a basic maintenance log to V but otherwise refused to provide the requested disclosure. V applied for an order compelling disclosure and G applied for a stay of proceedings on the basis that his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached. V’s application was dismissed and he was subsequently convicted of both charges, but G was granted a stay of proceedings. The Court of Queen’s Bench jointly heard appeals by V and by the Crown in G’s case. It held that maintenance records are first party records and should have been disclosed by the Crown, and upheld G’s stay of proceedings and ordered a new trial for V. A majority of the Court of Appeal allowed the Crown’s appeals, holding that the maintenance records are third party records that are not to be disclosed routinely. It reinstated V’s conviction, and set aside G’s stay of proceedings and remitted his case for a new trial.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeals should be dismissed.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: The breathalyzer maintenance records are subject to the rules applicable to the disclosure of third party records. As such, in order to obtain disclosure of the records, V and G were required to show that the records were likely relevant in this case, which they failed to do.

The disclosure of first party records is subject to the *Stinchcombe* regime. The Crown has a duty to disclose all relevant, non-privileged information in its possession or control, whether inculpatory or exculpatory. The duty, which is triggered upon request and does not require

V et G ont tous les deux été accusés de conduite avec les facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ». Leurs échantillons d’haleine ont été prélevés et analysés au moyen d’alcootests approuvés et des procédures habituelles. À chaque étape de la séquence, les alcootests ont effectué des analyses diagnostiques internes et externes afin de garantir l’exactitude des résultats et ont généré des résultats imprimés. Les documents imprimés montraient que les instruments fonctionnaient correctement. Le ministère public a communiqué la série habituelle de documents liés au processus. Tant V que G ont demandé des documents additionnels, soit les registres d’entretien des alcootests utilisés pour prélever leurs échantillons d’haleine. Le ministère public a communiqué un registre d’entretien de base à V mais il a refusé de lui fournir les autres renseignements demandés. V a sollicité une ordonnance de communication et G a demandé l’arrêt des procédures au motif que les droits qui lui sont garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient été violés. La requête de V a été rejetée et il a ensuite été déclaré coupable des deux accusations, mais G a obtenu l’arrêt des procédures. La Cour du Banc de la Reine a entendu conjointement l’appel de V et celui formé par le ministère public dans le cas de G. Elle a jugé que les registres d’entretien constituaient des dossiers en la possession de la partie principale et que le ministère public aurait dû les communiquer, confirmé l’arrêt des procédures à l’endroit de G et ordonné que V subisse un nouveau procès. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli les appels du ministère public, concluant que les registres d’entretien sont des dossiers en la possession de tiers qui ne doivent pas être communiqués de manière routinière. Elle a rétabli la déclaration de culpabilité de V, annulé l’arrêt des procédures accordé à G et renvoyé l’affaire pour la tenue d’un nouveau procès.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : Les pourvois sont rejetés.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin : Les registres d’entretien des alcootests sont assujettis aux règles applicables à la communication de dossiers en la possession de tiers. Par conséquent, pour obtenir la communication des registres, V et G devaient démontrer que les registres étaient vraisemblablement pertinents en l’espèce, ce qu’ils n’ont pas réussi à faire.

La communication de documents relevant de la partie principale est assujettie au régime de l’arrêt *Stinchcombe*. Le ministère public a l’obligation de communiquer tous les renseignements pertinents non protégés — inculpataires ou disculpatoires — se trouvant en sa possession

an application to court, applies only to the prosecuting Crown. However, the Crown has a duty to make reasonable inquiries when put on notice of material in the hands of police or other Crown entities that is potentially relevant. The police have a corresponding duty to disclose the fruits of the investigation, and any other information obviously relevant to an accused's case. The "fruits of the investigation" refers to all material pertaining to the investigation of the accused, that is, the police's investigative files, as opposed to operational records or background information. The phrase "obviously relevant" describes information that is not within the investigative file but that relates to the accused's ability to meet the Crown's case, raise a defence, or otherwise consider the conduct of the defence.

The disclosure of third party records is subject to the *O'Connor* regime. To obtain disclosure of such records, an accused must make a court application. The burden is on the accused to show that the record is likely relevant. Information will be likely relevant where there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or to the competence of a witness to testify. Where the accused discharges this burden, the judge will examine the record to determine whether, and to what extent, it should be produced to the accused.

To determine which regime is applicable, the following must be considered: (1) whether the information that is sought is in the possession or control of the prosecuting Crown, and (2) whether the nature of the information sought is such that the police or another Crown entity in possession or control of the information ought to have supplied it to the prosecuting Crown. This will be the case if the information can be qualified as being part of the fruits of the investigation or obviously relevant. An affirmative answer to either of these questions will call for the application of the first party disclosure regime. Otherwise, the third party disclosure regime applies.

The requested breathalyzer maintenance records in the instant case are not part of first party disclosure. They were not in the possession or control of the Crown, as

ou sous son contrôle. L'obligation, qui entre en jeu sur demande sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la cour, s'applique au seul poursuivant. Cependant, le ministère public a l'obligation de se renseigner suffisamment auprès de la police ou d'autres entités étatiques lorsqu'il est informé de l'existence de renseignements potentiellement pertinents se trouvant en la possession de ces dernières. La police a l'obligation correspondante de divulguer les fruits de l'enquête et tous les autres renseignements qui se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l'accusé. Les « fruits de l'enquête » renvoient à tous les documents concernant l'enquête menée à l'égard de l'accusé, c'est-à-dire les dossiers d'enquête de la police, par opposition aux dossiers opérationnels ou aux renseignements sur les antécédents. L'expression « manifestement pertinents » désigne les renseignements qui ne font pas partie du dossier d'enquête, mais qui concernent la capacité de l'accusé de réfuter la preuve du ministère public, de présenter un moyen de défense ou d'envisager autrement la conduite qu'adoptera la défense.

La communication de dossiers en la possession de tiers est visée par le régime de l'arrêt *O'Connor*. Pour obtenir la production de ces dossiers, l'accusé doit en faire la demande à la cour. C'est à lui qu'il incombe de prouver que ces dossiers sont vraisemblablement pertinents. Les renseignements seront vraisemblablement pertinents dans le cas où il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Lorsque l'accusé s'acquitte de ce fardeau, le juge examine les dossiers en question pour décider s'ils devraient être transmis à l'accusé, et si oui, dans quelle mesure.

Il y a lieu de se poser les questions suivantes au moment de décider lequel des deux régimes s'applique : (1) les renseignements demandés se trouvent-ils en la possession ou sous le contrôle du poursuivant? et (2) les renseignements recherchés sont-ils d'une nature telle que la police ou l'autre entité étatique qui les a en sa possession ou sous son contrôle aurait dû les transmettre au poursuivant? Tel sera le cas si les renseignements visés peuvent être considérés comme faisant partie des fruits de l'enquête ou comme étant manifestement pertinents. Une réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions commandera l'application du régime de communication par la partie principale. Autrement, le régime de communication de renseignements en la possession de tiers s'applique.

Les registres d'entretien d'alcootest demandés en l'espèce ne font pas partie des documents à communiquer par la partie principale. Ils n'étaient pas en la possession ou

they were held both by the RCMP and by other third parties. They are not part of the fruits of the investigation; rather, they are created as operational records that are not specific to any particular investigation. Furthermore, the maintenance records are not obviously relevant. The Court's decision in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, did not conclusively determine that all maintenance records are obviously relevant. The majority expressly declined to determine what evidence was relevant to determining the proper functioning and operation of the breathalyzer instrument. Moreover, the Court in *St-Onge Lamoureux* did not have the benefit of the Alcohol Test Committee's current position that records relating to periodic maintenance or inspections cannot address the working status of an approved instrument at the time of a breath test procedure. Further, the language of the presumption of accuracy set out in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, which contemplates receiving evidence that the approved instrument was malfunctioning or was operating improperly, makes no reference to maintenance. Parliament therefore did not expressly contemplate that the presumption of accuracy will be rebutted based on evidence as to the maintenance of the approved instrument. In addition, the expert evidence in this case supports the view that the maintenance records are not obviously relevant to the reliability of the approved instruments or to determine whether the instrument malfunctioned. The breathalyzer machines are designed to produce a fail reading where they malfunction. Maintenance records cannot indicate whether any particular result is a false positive. The existence of maintenance records and the fact that the instrument underwent maintenance from time to time is not sufficient to justify the disclosure requested by the accused.

Applying the *O'Connor* standard for third party disclosure, the maintenance records have not been shown to be likely relevant in this case. The Court in *St-Onge Lamoureux* contemplated that rebutting the statutory presumption of accuracy in s. 258(1)(c) would likely require expert evidence. In the instant case, expert evidence was only presented by the Crown. In the absence of any evidence by the accused rebutting the statutory presumption, the expert evidence of the Crown is persuasive that the maintenance records are not relevant. The conclusion that the maintenance records are subject to third party disclosure rules does not put the constitutionality of s. 258(1)(c) in jeopardy. A defence is not illusory simply because accused persons will rarely succeed in raising a reasonable

sous le contrôle du ministère public, car ils étaient détenus tant par la GRC que par d'autres tiers. Ils ne font pas partie des fruits de l'enquête; ils sont plutôt créés en tant que dossiers opérationnels, qui ne sont pas propres à une enquête en particulier. En outre, les registres d'entretien ne sont pas manifestement pertinents. L'arrêt *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, n'a pas établi de manière concluante que tous les registres d'entretien sont manifestement pertinents. La majorité a expressément refusé de décider quelle preuve était pertinente pour juger du bon fonctionnement et de l'utilisation correcte de l'alcootest. De plus, dans l'affaire *St-Onge Lamoureux*, la Cour ne bénéficiait pas de la position actuelle du Comité des analyses d'alcool que les registres concernant l'entretien ou les inspections périodiques ne peuvent permettre de déterminer l'état de fonctionnement d'un alcootest approuvé au moment où un test d'haleine est effectué. En outre, le texte de la présomption d'exactitude établie à l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, lequel envisage l'admission d'éléments de preuve faisant foi du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé, ne parle pas de l'entretien. Le législateur n'a donc pas explicitement prévu que la présomption d'exactitude pourrait être réfutée sur la base d'éléments de preuve relatifs à l'entretien de l'alcootest approuvé. De plus, la preuve d'expert produite en l'espèce étaye le point de vue selon lequel les registres d'entretien ne sont pas manifestement pertinents pour ce qui est de la fiabilité des alcootests approuvés ou pour ce qui est de savoir si l'alcootest a mal fonctionné. Les appareils sont conçus de manière à produire un message d'erreur en cas de mauvais fonctionnement. Les registres d'entretien ne peuvent pas indiquer si un résultat donné est un faux positif. L'existence des registres d'entretien et le fait que l'appareil ait pu faire l'objet de travaux d'entretien de temps en temps ne sont pas suffisants pour justifier la communication des documents réclamés par les accusés.

Si l'on applique la norme établie dans *O'Connor* pour la communication de renseignements en la possession de tiers, la pertinence probable des registres d'entretien n'a pas été démontrée en l'espèce. Dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, la Cour a estimé que pour repousser la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)c), une preuve d'expert serait vraisemblablement nécessaire. En l'espèce, la preuve d'expert a été présentée uniquement par le ministère public. Faute d'une preuve présentée par l'accusé pour réfuter la présomption légale, la preuve d'expert produite par le ministère public démontre de façon convaincante que les registres d'entretien sont dénués de pertinence. La conclusion selon laquelle les registres d'entretien sont assujettis aux règles de communication de renseignements

doubt by using it. The time-of-test records along with testimony from the technician or the officer involved are evidence that the accused may use to rebut the presumption of accuracy. Maintenance records may also be available to the defence where it can show that such records are likely relevant to a material issue in the case.

*Per* Côté J. (dissenting): The appeals should be allowed. Maintenance records should be subject to first party disclosure rules. They are obviously relevant to rebutting the statutory presumption of the accuracy of an approved instrument established by s. 258 of the *Criminal Code*. Disclosing maintenance records ensures that the defence has a minimum evidentiary basis upon which it may attempt to establish that an instrument was malfunctioning. This opportunity is guaranteed by the *Criminal Code* and underlies the majority's reasons in *St-Onge Lamoureux*.

The Court's reasoning in *St-Onge Lamoureux* was dependent in large part on two assumptions: (1) that one means available to an accused to raise a doubt as to the functioning of an instrument was by raising deficiencies in its maintenance; and (2) that the evidentiary basis for such a defence would be readily available to that accused. The Court should not depart from these assumptions on the basis of the Alcohol Test Committee's current position on the relevance of maintenance records. The Committee continues to endorse the standards and procedures that were before the Court when it decided *St-Onge Lamoureux*. Caution should be exercised when considering the extent to which the Committee's updated recommendations are determinative of the relevance of maintenance records, a question of law that is to be decided by the courts. The fact that only one expert opinion is before the Court, while the position of experts that may disagree on the relevance of maintenance records is notably absent from the record, is further cause for caution.

In *St-Onge Lamoureux*, it was assumed on the basis of a fulsome evidentiary record that maintenance records were relevant to rebutting the presumption at issue and the impugned scheme's constitutionality was confirmed on this basis. No new evidentiary basis calls those assumptions into question. The Court assumed that the accused would be provided with an evidentiary basis to raise a reasonable

en la possession de tiers ne met pas en péril la constitutionnalité de l'al. 258(1)c). Un moyen de défense n'est pas illusoire simplement parce que les accusés parviennent rarement à soulever un doute raisonnable lorsqu'ils l'invoquent. Les relevés établis au moment des analyses, de même que les témoignages du technicien ou du policier chargé de l'enquête, sont des éléments de preuve que l'accusé peut utiliser afin de repousser la présomption d'exactitude. Les registres d'entretien peuvent être communiqués à la défense si elle est en mesure de démontrer qu'ils sont probablement pertinents à l'égard d'une question importante pour l'issue de l'affaire.

*La juge Côté (dissidente) :* Les pourvois doivent être accueillis. Les registres d'entretien doivent être assujettis aux règles de communication de la preuve par la partie poursuivante. Ils sont manifestement pertinents pour réfuter la présomption d'exactitude d'un alcootest approuvé établie par l'art. 258 du *Code criminel*. La communication des registres d'entretien garantit que la défense dispose d'une preuve minimale qui lui permet de tenter d'établir qu'un appareil fonctionnait mal. Cette possibilité est garantie par le *Code criminel* et sous-tend le raisonnement des juges majoritaires de la Cour dans *St-Onge Lamoureux*.

Le raisonnement adopté par la Cour dans *St-Onge Lamoureux* reposait en grande partie sur les deux postulats suivants : (1) l'accusé peut mettre en doute le fonctionnement de l'appareil notamment en invoquant des défaillances dans son entretien; (2) l'accusé aurait facilement accès à la preuve lui permettant de faire valoir cette défense. La Cour ne devrait pas s'écarter de ces postulats en se fondant sur la position actuelle du Comité des analyses d'alcool à l'égard de la pertinence des registres d'entretien. Le Comité fait toujours siennes les normes et procédures dont avait été saisie la Cour quand elle a jugé l'affaire *St-Onge Lamoureux*. Il convient de faire preuve de prudence lorsqu'on se demande dans quelle mesure les recommandations mises à jour du Comité sont déterminantes pour juger de la pertinence des registres d'entretien, une question de droit que doivent trancher les tribunaux. Le fait qu'un seul avis d'expert soit soumis à la Cour en l'espèce, alors que la position d'experts susceptibles d'être en désaccord avec lui sur la pertinence des registres d'entretien brille par son absence dans le dossier, incite lui aussi à la prudence.

Dans *St-Onge Lamoureux*, il a été tenu pour acquis, sur la base d'une preuve exhaustive au dossier, que les registres d'entretien pouvaient servir à réfuter les présomptions en cause, et la constitutionnalité du régime attaqué a été confirmée sur cette base. Aucune nouvelle preuve n'a été produite en l'espèce pour remettre en question ces hypothèses. La Cour s'est fondée sur l'hypothèse

doubt as to the instrument's functioning on the basis of its maintenance. Deciding that maintenance records are not available under first party disclosure will upset the delicate balance struck in *St-Onge Lamoureux* and put the constitutionality of s. 258(1)(c) back into question.

Holding that only time-of-test records produced by the instrument can demonstrate malfunctioning effectively assumes that the machine is infallible. This confines the defence to arguments raising a doubt as to the instrument's operation, contrary to Parliament's intent to make malfunctioning and improper operation two distinct grounds for rebutting the presumption of accuracy. Recourse to third party disclosure will, in practice, be illusory. For an accused to have a real opportunity to show that an instrument was malfunctioning, an expert must have an evidentiary basis either to opine as to the possibility that the instrument malfunctioned or to establish the likely relevance of other information to be sought through third party disclosure. Providing nothing by way of first party disclosure forces accused persons and their experts to resort to conjecture and speculation.

Finally, disclosing maintenance records as first party records also serves the interests of justice. Where maintenance records reveal no issues, their disclosure may compel the accused to plead guilty. Where they reveal certain issues and an expert is of the opinion that these issues may prove that the instrument malfunctioned, the maintenance records provide a basis for the accused to raise such a defence or to make subsequent *O'Connor* requests in a grounded, non-speculative manner.

### Cases Cited

By Rowe J.

**Applied:** *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **considered:** *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; **referred to:** *R. v. Kilpatrick*, 2013 ABCA 168; *R. v. Kilpatrick*, 2013 ABQB 5, 42 M.V.R. (6th) 92; *R. v. Sutton*, 2013 ABPC 308, 576 A.R. 14; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Jackson*, 2015 ONCA 832, 128 O.R. (3d) 161; *R. v. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432; *R. v. Chaplin*,

qu'on fournirait à l'accusé la preuve lui permettant de soulever un doute raisonnable quant au fonctionnement de l'appareil sur la base de son entretien. En décidant que les registres d'entretien échappent à l'obligation de communication incombant à la partie poursuivante, on rompra l'équilibre fragile établi dans *St-Onge Lamoureux* et remettra en question la constitutionnalité de l'al. 258(1)c).

Conclure que seuls les relevés produits par l'appareil au moment des analyses peuvent démontrer que l'appareil fonctionnait mal revient à supposer dans les faits que la machine est infallible. Cette approche restreint le moyen de défense aux arguments qui mettent en doute l'utilisation correcte de l'appareil, ce qui va à l'encontre de l'intention du législateur de faire du mauvais fonctionnement et de l'utilisation incorrecte deux moyens distincts permettant de réfuter la présomption d'exactitude. Le recours au régime de communication applicable aux dossiers en la possession de tiers sera en pratique illusoire. Pour que l'accusé ait une possibilité réelle de démontrer qu'un appareil fonctionnait mal, un expert doit disposer d'une preuve sur laquelle il peut se fonder pour soit juger de la possibilité qu'un appareil fonctionne mal, soit établir la pertinence probable des autres renseignements à demander en vertu du régime de communication des dossiers en la possession de tiers. L'absence totale de communication par la partie poursuivante oblige les accusés et leurs experts à s'appuyer sur des conjectures.

Enfin, la communication des registres d'entretien en tant que documents relevant de la partie poursuivante sert aussi l'intérêt de la justice. Lorsque les registres d'entretien ne révèlent aucun problème, leur communication pourrait convaincre l'accusé de plaider coupable. Dans le cas de ceux qui révèlent certains problèmes et où un expert est d'avis que ces problèmes peuvent démontrer que l'appareil fonctionnait mal, les registres d'entretien servent de fondement à l'accusé pour faire valoir une telle défense, ou pour présenter par la suite des demandes de type *O'Connor* sur la base de motifs, et non de conjectures.

### Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

**Arrêt appliqué :** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêts examinés :** *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; **arrêts mentionnés :** *R. c. Kilpatrick*, 2013 ABCA 168; *R. c. Kilpatrick*, 2013 ABQB 5, 42 M.V.R. (6th) 92; *R. c. Sutton*, 2013 ABPC 308, 576 A.R. 14; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Jackson*, 2015 ONCA 832, 128 O.R. (3d) 161; *R. c. Black*, 2011 ABCA 349, 286

[1995] 1 S.C.R. 727; *World Bank Group v. Wallace*, 2016 SCC 15, [2016] 1 S.C.R. 207; *R. v. Gubins*, 2009 ONCJ 80; *R. v. Lo*, 2009 ONCJ 307, 86 M.V.R. (5th) 284; *R. v. Klug*, 2010 ABPC 88, 500 A.R. 293; *R. v. Kristianson*, 2011 ABPC 309, 24 M.V.R. (6th) 298; *R. v. Turnbull*, 2012 ABPC 45, 32 M.V.R. (6th) 162; *R. v. Hudye*, 2013 SKPC 122, 425 Sask. R. 302; *R. v. Pankiw*, 2013 SKPC 47, 416 Sask. R. 206; *R. v. Martens*, 2013 ABPC 349; *R. v. Carter*, 2014 ABPC 291, 603 A.R. 366; *R. v. Oleksiuk*, 2014 ONCJ 313; *R. v. Sinclair*, 2015 ABQB 113, 75 M.V.R. (6th) 252; *R. v. Timmons* (1994), 132 N.S.R. (2d) 360; *R. v. Anutooshkin* (1994), 92 C.C.C. (3d) 59; *R. v. Williams*, 2000 BCSC 207, 1 M.V.R. (4th) 288; *R. v. Keirsted*, 2004 ABQB 491; *R. v. Singleton*, [2004] O.J. No. 5583 (QL); *R. v. Nicolle*, 2005 ONCJ 346, 27 M.V.R. (5th) 206; *R. v. Coopsammy*, 2008 ABQB 266, 68 M.V.R. (5th) 226; *R. v. Balfour*, 2009 ONCJ 308, 86 M.V.R. (5th) 278; *R. v. Ahmed*, 2010 ONCJ 130, 253 C.C.C. (3d) 378; *Duff v. Alberta (Attorney General)*, 2010 ABPC 250, 497 A.R. 16; *R. v. Worden*, 2014 SKPC 143, 68 M.V.R. (6th) 141; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Lam*, 2014 ONCJ 247; *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87.

By Côté J. (dissenting)

*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Sutton*, 2013 ABPC 308, 59 M.V.R. (6th) 89; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1), 254(1), 258(1), (7), 278.1 to 278.9.  
*Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6.

### Authors Cited

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 8, 2nd Sess., 39th Parl., February 20, 2008, p. 8:75.  
 Canadian Society of Forensic Science. “Alcohol Test Committee Position Paper: Documentation Required for Assessing the Accuracy and Reliability of Approved Instrument Breath Alcohol Test Results” (2012), 45 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 101.

C.C.C. (3d) 432; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *Groupe de la Banque Mondiale c. Wallace*, 2016 CSC 15, [2016] 1 R.C.S. 207; *R. c. Gubins*, 2009 ONCJ 80; *R. c. Lo*, 2009 ONCJ 307, 86 M.V.R. (5th) 284; *R. c. Klug*, 2010 ABPC 88, 500 A.R. 293; *R. c. Kristianson*, 2011 ABPC 309, 24 M.V.R. (6th) 298; *R. c. Turnbull*, 2012 ABPC 45, 32 M.V.R. (6th) 162; *R. c. Hudye*, 2013 SKPC 122, 425 Sask. R. 302; *R. c. Pankiw*, 2013 SKPC 47, 416 Sask. R. 206; *R. c. Martens*, 2013 ABPC 349; *R. c. Carter*, 2014 ABPC 291, 603 A.R. 366; *R. c. Oleksiuk*, 2014 ONCJ 313; *R. c. Sinclair*, 2015 ABQB 113, 75 M.V.R. (6th) 252; *R. c. Timmons* (1994), 132 N.S.R. (2d) 360; *R. c. Anutooshkin* (1994), 92 C.C.C. (3d) 59; *R. c. Williams*, 2000 BCSC 207, 1 M.V.R. (4th) 288; *R. c. Keirsted*, 2004 ABQB 491; *R. c. Singleton*, [2004] O.J. No. 5583 (QL); *R. c. Nicolle*, 2005 ONCJ 346, 27 M.V.R. (5th) 206; *R. c. Coopsammy*, 2008 ABQB 266, 68 M.V.R. (5th) 226; *R. c. Balfour*, 2009 ONCJ 308, 86 M.V.R. (5th) 278; *R. c. Ahmed*, 2010 ONCJ 130, 253 C.C.C. (3d) 378; *Duff c. Alberta (Attorney General)*, 2010 ABPC 250, 497 A.R. 16; *R. c. Worden*, 2014 SKPC 143, 68 M.V.R. (6th) 141; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Lam*, 2014 ONCJ 247; *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Sutton*, 2013 ABPC 308, 59 M.V.R. (6th) 89; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 253(1), 254(1), 258(1), (7), 278.1 à 278.9.  
*Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 8, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 20 février 2008, p. 8:75.  
 Société canadienne des sciences judiciaires. « “L’Énoncé de position” du Comité des analyses d’alcool : Documents nécessaires pour évaluer l’exactitude et la fiabilité des résultats des alcootests approuvés » (2012), 45 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 104.

Canadian Society of Forensic Science. “Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee Recommended Best Practices for a Breath Alcohol Testing Program” (2014), 47 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 179.

Canadian Society of Forensic Science. “Recommended Standards and Procedures of the Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee” (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 1.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and Rowbotham JJ.A.), 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85, 33 C.R. (7th) 359, 3 M.V.R. (7th) 40, 44 Alta. L.R. (6th) 248, [2017] 4 W.W.R. 8, [2016] A.J. No. 1180 (QL), 2016 CarswellAlta 2195 (WL Can.), setting aside a decision of Kenny J., 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197, [2015] A.J. No. 360 (QL), 2015 CarswellAlta 584 (WL Can.), which affirmed the stay of proceedings entered by Schaffter Prov. Ct. J., 2014 ABPC 195, 596 A.R. 351, 13 Alta. L.R. (6th) 45, [2014] A.J. No. 989 (QL), 2014 CarswellAlta 1594 (WL Can.), and remitting the matter to trial. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and Rowbotham JJ.A.), 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85, 33 C.R. (7th) 359, 3 M.V.R. (7th) 40, 44 Alta. L.R. (6th) 248, [2017] 4 W.W.R. 8, [2016] A.J. No. 1180 (QL), 2016 CarswellAlta 2195 (WL Can.), setting aside a decision of Kenny J., 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197, [2015] A.J. No. 360 (QL), 2015 CarswellAlta 584 (WL Can.), which ordered a new trial for the accused, and restoring the accused’s conviction entered by Golden Prov. Ct. J. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Timothy Foster, Q.C.*, and *Katherin J. Beyak*, for the appellant Kevin Patrick Gubbins.

*Stephen M. Smith*, for the appellant Darren John Chip Vallentgoed.

*Robert J. Palser* and *Jason R. Russell*, for the respondent.

*Michael Fawcett* and *Philip Perlmutter*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Société canadienne des sciences judiciaires. « Normes et procédures recommandées par la Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool » (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 31.

Société canadienne des sciences judiciaires. « Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool : Les bonnes pratiques d’analyse de l’alcool dans l’haleine » (2014), 47 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 189.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Slatter et Rowbotham), 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85, 33 C.R. (7th) 359, 3 M.V.R. (7th) 40, 44 Alta. L.R. (6th) 248, [2017] 4 W.W.R. 8, [2016] A.J. No. 1180 (QL), 2016 CarswellAlta 2195 (WL Can.), qui a écarté une décision de la juge Kenny, 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197, [2015] A.J. No. 360 (QL), 2015 CarswellAlta 584 (WL Can.), laquelle avait confirmé l’arrêt des procédures ordonné par la juge Schaffter, 2014 ABPC 195, 596 A.R. 351, 13 Alta. L.R. (6th) 45, [2014] A.J. No. 989 (QL), 2014 CarswellAlta 1594 (WL Can.), et qui a renvoyé l’affaire à procès. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Slatter et Rowbotham), 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85, 33 C.R. (7th) 359, 3 M.V.R. (7th) 40, 44 Alta. L.R. (6th) 248, [2017] 4 W.W.R. 8, [2016] A.J. No. 1180 (QL), 2016 CarswellAlta 2195 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Kenny, 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197, [2015] A.J. No. 360 (QL), 2015 CarswellAlta 584 (WL Can.), laquelle avait ordonné la tenue d’un nouveau procès pour l’accusé, et qui a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Golden. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Timothy Foster, c.r.*, et *Katherin J. Beyak*, pour l’appelant Kevin Patrick Gubbins.

*Stephen M. Smith*, pour l’appelant Darren John Chip Vallentgoed.

*Robert J. Palser* et *Jason R. Russell*, pour l’intimée.

*Michael Fawcett* et *Philip Perlmutter*, pour l’intervenante la procureure générale de l’Ontario.

*Nicolas Abran and Justin Tremblay*, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin J.J. was delivered by

ROWE J. —

### I. Overview

[1] These appeals deal with the scope of the Crown's disclosure obligations with respect to maintenance records of breathalyzer instruments. These instruments are used to determine the blood alcohol content of suspected drunk drivers. It is important that these instruments provide accurate results. These cases deal with what information is relevant to assessing the reliability of these instruments. Are the maintenance records part of first party disclosure, subject to inclusion in the Crown's standard disclosure package? Or, are these records third party records, which require the defence to demonstrate their likely relevance before an order for disclosure can be made?

[2] Courts have provided inconsistent answers to the foregoing questions. These reasons deal with two appeals in which the two trial judges came to different conclusions as to whether breathalyzer maintenance records should be disclosed by the Crown. For the reasons that follow, I find that such records are subject to third party (rather than first party) disclosure. On the evidence in both cases, the defence failed to show that the maintenance records meet the requisite threshold for third party disclosure. Accordingly, I would dismiss the appeals.

*Nicolas Abran et Justin Tremblay*, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin J.J. rendu par

LE JUGE ROWE —

### I. Aperçu

[1] Les présents pourvois portent sur l'étendue de l'obligation de communication du ministère public en ce qui a trait aux registres d'entretien des alcootests. Ceux-ci sont des instruments utilisés pour mesurer la concentration d'alcool dans le sang de personnes soupçonnées de conduite en état d'ébriété, et il importe qu'ils fournissent des résultats exacts. Dans les affaires qui nous occupent, il est question des renseignements pertinents que l'on peut prendre en compte afin d'évaluer leur fiabilité. Les registres d'entretien des alcootests sont-ils des renseignements visés par le régime de communication de la preuve par la partie principale, donc susceptibles de compter parmi les renseignements que le ministère public doit normalement communiquer? Ou s'agit-il plutôt de dossiers en la possession de tiers, lesquels exigent de la défense qu'elle démontre leur pertinence avant qu'une ordonnance de communication puisse être rendue?

[2] Les tribunaux ont donné des réponses contradictoires aux questions précédentes. Les présents motifs concernent précisément des appels entendus dans deux affaires où les juges de première instance sont parvenues à des conclusions différentes sur la question de savoir si le ministère public devait communiquer les registres d'entretien des alcootests. Pour les raisons exposées ci-après, je suis d'avis que de tels documents sont assujettis au régime de communication applicable aux dossiers en la possession de tiers (plutôt qu'au régime de communication qui incombe à la partie principale). Au vu de la preuve présentée dans chacune de ces affaires, la défense n'a pas réussi à établir que les registres d'entretien répondaient au critère préliminaire de la pertinence applicable à la communication de renseignements en la possession de tiers. En conséquence, je rejeterais les pourvois.

## II. Facts

[3] Both accused in this appeal were charged with impaired driving and with driving “over 80”, contrary to s. 253(1)(a) and (b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Mr. Vallentgoed and Mr. Gubbins provided breath samples. Mr. Vallentgoed’s samples showed blood alcohol readings of 130 mg% and 120 mg%. Mr. Gubbins’ samples showed two readings of 120 mg%.

[4] Each of these breath samples was analyzed using an “approved instrument”, as required by s. 254(1) of the *Criminal Code*. The Crown led expert evidence that described in detail the operation of the instruments, including that they perform internal and external diagnostic tests at the time each breath sample is taken in order to ensure accuracy of the results. When a breath sample is obtained, the procedure is as follows:

- (a) Air Blank: The instrument purges any alcohol remaining in it. It then tests the alcohol content of the ambient air. The result of this test should be zero, but if it is different, the instrument sets a baseline that eliminates the effect of any ambient alcohol on the test results. If there is an excessive amount of ambient alcohol, the instrument will stop and the test will be cancelled.
- (b) Calibration Check (or Alcohol Standard Test): The instrument is tested against an alcohol vapour of known concentration from a certified sample. The sample generally has a concentration equal to 100 mg% of alcohol in the blood. The instrument must accurately measure the concentration within 10% (i.e., the result must be between 95 mg% and 105 mg%). If the instrument fails to perform within this range, the test will be cancelled.

## II. Les faits

[3] En l’espèce, les deux accusés sont visés par des accusations de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg », en contravention des al. 253(1)a) et b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. M. Vallentgoed et M. Gubbins ont tous les deux fourni des échantillons d’haleine. Les échantillons de M. Vallentgoed indiquaient respectivement une alcoolémie de 130 et de 120 mg d’alcool par 100 ml de sang. Quant aux échantillons de M. Gubbins, ils ont tous les deux produit un résultat de 120 mg d’alcool par 100 ml de sang.

[4] Chacun de ces échantillons d’haleine a été analysé au moyen d’un « alcootest approuvé », comme l’exige le par. 254(1) du *Code criminel*. Le ministère public a présenté une preuve d’expert qui décrivait en détail le fonctionnement de tels instruments, et précisait notamment que ceux-ci effectuent des analyses diagnostiques internes et externes lors du prélèvement de chaque échantillon d’haleine afin de garantir l’exactitude des résultats. Voici les étapes suivies lors du prélèvement d’un échantillon d’haleine :

- a) Échantillon témoin : L’instrument évacue toute trace d’alcool qu’il pourrait contenir. Il mesure ensuite la quantité d’alcool dans l’air ambiant. Le résultat obtenu devrait être zéro, mais en cas de résultat différent, l’instrument établit une valeur de référence qui élimine les éventuels effets de l’alcool dans l’air ambiant sur les résultats d’analyse. Si une quantité excessive d’alcool est présente dans l’air ambiant, l’appareil cessera de fonctionner, et l’analyse sera annulée.
- b) Contrôle de l’étalonnage (ou test normalisé d’alcool) : L’instrument est mis à l’essai au moyen de vapeurs d’alcool de concentration connue provenant d’un échantillon certifié. Cet échantillon a généralement une concentration égale à 100 mg d’alcool par 100 ml de sang. L’appareil doit mesurer cette concentration avec exactitude, à l’intérieur d’une marge de 10 % (c.-à-d. que le résultat doit se situer entre 95 et 105 mg d’alcool par 100 ml de sang). Si les résultats de l’appareil ne se situent pas dans cette fourchette, l’analyse sera annulée.

- (c) Air Blank: The instrument performs a second air blank test in order to purge any residual alcohol vapour left from the sample used in the Calibration Check.
- (d) Breath Sample, First Test: The accused provides a deep lung breath sample into the instrument, which measures the concentration of alcohol present. The instrument is designed to (slightly) underestimate blood alcohol concentration.
- (e) Air Blank: The instrument performs another air blank check to purge any alcohol vapour.
- (f) Breath Sample, Second Test: After fifteen minutes, the process (steps (a) through (e) above) is repeated. The readings from the two breath samples are rounded down to the lowest 10 (i.e., a reading of 99 mg% is recorded as 90 mg%). The results of the two samples must be within 20 mg% of each other; the lower of the two results will be used: s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*. If the two results are not within the foregoing range, further breath samples will be taken.
- c) Échantillon témoin : l'appareil effectue un autre test par échantillon témoin afin d'éliminer tout résidu de vapeur d'alcool qui pourrait rester de l'échantillon utilisé lors du contrôle de l'étalonnage.
- d) Échantillon d'haleine — premier test : le prévenu expire dans l'appareil de façon à fournir un échantillon d'haleine provenant du fond des poumons. L'appareil mesure alors la concentration d'alcool dans l'haleine. Il est conçu de manière à sous-estimer (légèrement) la concentration d'alcool dans le sang.
- e) Échantillon témoin : l'appareil effectue de nouveau un test par échantillon témoin afin d'éliminer tout résidu de vapeurs d'alcool qu'il pourrait contenir.
- f) Échantillon d'haleine — deuxième test : au bout de 15 minutes, la procédure (les étapes a) à e), ci-dessus) est répétée. Les résultats d'analyse des deux échantillons d'haleine sont arrondis à la dizaine inférieure (p. ex., un résultat indiquant une alcoolémie de 99 mg sera enregistré à 90 mg). Les résultats des deux échantillons ne doivent pas différer l'un de l'autre par plus de 20 mg par 100 ml, et l'alcoolémie la plus faible des deux sera retenue : al. 258(1)c) du *Code criminel*. Si les deux résultats obtenus ne se situent pas dans cette précédente fourchette d'étalonnage, on prélèvera d'autres échantillons d'haleine.

[5] Each step in this sequence generates printed results. A “fail” in any step is indicated in the printouts. For both Mr. Vallentgoed and Mr. Gubbins, the instruments indicated no problems. None of the internal controls were triggered; the results were within the accepted ranges indicated above. The printouts generated at the time of the tests indicated that the instruments functioned properly.

[5] Chaque étape de cette séquence génère un document imprimé où sont inscrits les résultats. Le cas échéant, un « message d'erreur » sera inscrit sur ce document à l'une ou l'autre des étapes de la procédure. Dans le cas de M. Vallentgoed comme dans celui de M. Gubbins, les appareils n'ont fait état d'aucun problème survenu en cours d'utilisation. Aucun des dispositifs de contrôle interne ne s'est déclenché, et les résultats obtenus se situaient à l'intérieur des limites précisées ci-dessus. Du reste, les documents imprimés produits au moment des analyses montraient que les instruments fonctionnaient correctement.

[6] The Crown provided Mr. Vallentgoed with a disclosure package that included documents created during the investigation, as well as other documents certifying that various components used in the testing process had been tested, maintained and certified. The documents included in this package were: (a) the Intoxilyzer 5000C Operational Check Sheet, (b) the Intoxilyzer 5000C Test Record, and (c) the Certificate of Analyses. These records provide details of the test results of the breath samples, as well as the results of the calibration checks. Also included was information about the officers involved, the date and time of the tests, and particulars of the instrument used. The Check Sheet includes the analyst's handwritten notes of his or her observations of the accused's condition at the time of testing. The Test Record is the printout from the instrument, signed by the technician who operated it. The Certificate of Analyses is the official record of the test results; it indicates the blood alcohol reading. The Certificate of Analyses also gives notice that it will be used as evidence in court: s. 258(1)(e) and (g) and s. 258(7) of the *Criminal Code*.

[7] Other documents in the Crown's disclosure package included: (a) the Intoxilyzer 5000C Simulator Alcohol Solution Log; (b) the Intoxilyzer 5000C Test Record for alcohol solution change; (c) the Certificate of Annual Maintenance; (d) the Certificate of Annual Maintenance for the standard alcohol solution breath simulator; (e) the Intoxilyzer 5000C Use and Calibration Check Log; and (f) the Certificate of an Analyst (Alcohol Standard). These documents provide particulars of the alcohol solution (when its use commenced, when it was changed, as well as when it was tested and found to be suitable) and the instrument itself (when it was sent for annual maintenance and the details of each time the instrument was calibrated).

[6] Le ministère public a communiqué à M. Vallentgoed une série de documents, dont ceux établis au cours de l'enquête et une série d'autres documents certifiant que les diverses composantes de l'appareil utilisées au cours de l'analyse ont été mises à l'épreuve, entretenues et certifiées. Les documents communiqués étaient les suivants : a) la fiche de vérification opérationnelle de l'appareil Intoxilyzer 5000C; b) le registre du test de l'Intoxilyzer 5000C; et c) le certificat d'analyse. Ces documents contiennent les résultats détaillés des analyses d'échantillons d'haleine ainsi que les résultats des contrôles d'étalonnage. Au nombre des documents communiqués figuraient également des renseignements concernant les policiers ayant participé à l'enquête, la date et l'heure des analyses, et les caractéristiques de l'appareil employé. La fiche de vérification renferme les notes d'observation manuscrites de l'analyste concernant l'état du prévenu au moment de l'analyse. Quant au relevé des tests, il s'agit d'un document imprimé par l'alcootest et signé par le technicien qui a manipulé l'appareil. Le certificat d'analyse est le relevé officiel des résultats d'analyse; il indique le taux d'alcoolémie relevé par l'appareil. Le certificat d'analyse renferme également un avis mentionnant qu'il sera utilisé en preuve devant le tribunal : al. 258(1)e) et g) et par. 258(7) du *Code criminel*.

[7] Se trouvaient également parmi les documents communiqués par le ministère public : a) le registre d'utilisation du simulateur Intoxilyzer 5000C avec solution d'alcool type; b) le registre des changements des solutions d'alcool type utilisées dans le cadre des contrôles de l'Intoxilyzer 5000C; c) le certificat d'entretien annuel de l'appareil, d) le certificat d'entretien annuel du simulateur d'haleine avec solution d'alcool type, e) le registre de vérification de l'utilisation et de l'étalonnage de l'Intoxilyzer 5000C, et f) le certificat de l'analyste (alcool type). Ces documents fournissent des précisions sur la solution d'alcool (c.-à-d. les dates où on a commencé à l'utiliser, où on l'a changée et où elle a été testée et jugée convenable) ainsi que sur l'appareil lui-même (la date où il a été envoyé aux fins d'entretien annuel et les détails concernant chaque fois où il a fait l'objet d'un étalonnage).

[8] In addition, the Crown indicated that it would provide, on request, the RCMP Operational Manual for the instrument, as well as the Qualified Technician's designation.

[9] Mr. Gubbins was provided a disclosure package as described above, save that it did not include any documents relating to the maintenance of the instrument in question.

[10] Both Mr. Vallentgoed and Mr. Gubbins requested additional disclosure. Mr. Vallentgoed requested: (1) maintenance records for the breathalyzer instrument for the past two years; (2) maintenance and inspection records for the external simulator; and (3) records showing the cumulative uses of the alcohol standard for a one month period before testing. The Crown produced a basic maintenance log. Upon inspecting the records, Mr. Vallentgoed noted that the machine had been sent for repairs the day after he was charged, two months before that, and again two months before that. Mr. Vallentgoed requested detailed reports of the work performed on these dates. The Crown refused, on the basis that these maintenance reports were third party records and were not relevant. In response, Mr. Vallentgoed applied for disclosure in the Alberta Provincial Court.

[11] Mr. Gubbins demanded disclosure of all maintenance records for the instrument from the time it was imported into Canada and first put into use. The Crown refused to provide the requested disclosure, on the basis that these were third party records held by the contractor that maintained the equipment and they did not meet the required threshold of relevance. Mr. Gubbins brought an application for a stay of proceedings, arguing that his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were infringed by the Crown's refusal to provide the additional disclosure that he had requested.

[8] En outre, le ministère public a indiqué qu'il fournirait, sur demande, le guide d'utilisation de la GRC concernant l'appareil, de même que la désignation du technicien qualifié.

[9] M. Gubbins s'est vu remettre un ensemble de documents correspondant à celui décrit précédemment, mis à part le fait qu'il ne comprenait pas de document au sujet de l'entretien des appareils en question.

[10] M. Vallentgoed et M. Gubbins ont tous deux sollicité la communication d'éléments de preuve additionnels. M. Vallentgoed a ainsi réclamé : (1) les registres d'entretien de l'alcootest pour les deux dernières années, (2) les registres d'entretien et d'inspection du simulateur externe; et (3) les registres indiquant les utilisations cumulatives de l'alcool type pendant une période d'un mois avant qu'il ne subisse l'alcootest. Le ministère public a communiqué un registre d'entretien de base. En inspectant les documents, M. Vallentgoed a relevé que la machine avait été envoyée pour réparation le lendemain du dépôt des accusations à son encontre, ainsi que deux mois avant cette date, puis encore deux mois plus tôt. M. Vallentgoed a demandé à obtenir les rapports détaillés des travaux effectués à ces dates. Le ministère public a refusé au motif que ces rapports d'entretien étaient des documents en la possession de tiers, et qu'ils étaient par ailleurs dénués de pertinence. En réponse à ce refus, M. Vallentgoed a déposé une demande de communication à la Cour provinciale de l'Alberta.

[11] M. Gubbins, pour sa part, a exigé la communication de tous les documents relatifs à l'entretien de l'instrument à compter de son importation au Canada et de sa première utilisation. Le ministère public a refusé de lui transmettre ces renseignements, pour le motif qu'il s'agissait de documents en la possession d'un tiers, soit le contractant responsable de l'entretien de l'équipement, et qu'ils ne satisfaisaient pas au critère préliminaire de la pertinence. M. Gubbins a présenté une requête en arrêt des procédures, en soutenant que le refus du ministère public de lui fournir les renseignements additionnels demandés avait porté atteinte à ses droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

### III. Judicial History

#### A. *Provincial Court of Alberta — R. v. Vallentgoed, March 11, 2014*

[12] In dealing with Mr. Vallentgoed's disclosure application, Golden Prov. Ct. J. noted there was disagreement in the case law regarding disclosure of maintenance records. The Alberta Court of Appeal in *R. v. Kilpatrick*, 2013 ABCA 168, dismissed an application for leave to appeal from a decision which held that maintenance records were subject to first party disclosure: 2013 ABQB 5, 42 M.V.R. (6th) 92. Golden Prov. Ct. J. noted that the Court of Appeal decided *Kilpatrick* without evidence being adduced as to the relevance of the maintenance records. By contrast, the Alberta Provincial Court in *R. v. Sutton*, 2013 ABPC 308, 576 A.R. 14, had received expert evidence. The judge in *Sutton* concluded that the maintenance records were not relevant; thus, they did not meet the threshold for first party disclosure. Golden Prov. Ct. J. favoured the approach in *Sutton*. He concluded that the maintenance records were not relevant. Accordingly, he dismissed the application for disclosure. Mr. Vallentgoed was later convicted.

#### B. *Provincial Court of Alberta — R. v. Gubbins, 2014 ABPC 195, 596 A.R. 351*

[13] Schaffter Prov. Ct. J. dealt with Mr. Gubbins' application for a stay of proceedings under s. 7 of the *Charter* based on the Crown's refusal to provide additional disclosure. Schaffter Prov. Ct. J. took the view that she was bound by *Kilpatrick*. As well, she noted that in *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, the Court held that police discipline records were first party records, as they are relevant to assessing the credibility of the officer, despite not being fruits of the investigation. By analogy, the maintenance records are relevant to the reliability of the approved instrument. The requested disclosure was, therefore, first party. Accordingly, the Crown

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour provinciale de l'Alberta — R. c. Vallentgoed, 11 mars 2014*

[12] Appelé à statuer sur la demande de communication de M. Vallentgoed, le juge Golden, de la Cour provinciale, a souligné que la jurisprudence divergeait sur la question de la communication des registres d'entretien. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Kilpatrick*, 2013 ABCA 168, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté une demande d'autorisation d'appel à l'encontre de la décision portant que les registres d'entretien étaient soumis au régime de communication de la preuve par la partie principale : 2013 ABQB 5, 42 M.V.R. (6th) 92. Le juge Golden a souligné que la Cour d'appel avait décidé de l'affaire *Kilpatrick* sans qu'aucun élément de preuve n'ait été produit relativement à la pertinence des registres d'entretien. À l'inverse, la Cour provinciale de l'Alberta, dans la décision *R. c. Sutton*, 2013 ABPC 308, 576 A.R. 14, avait reçu une preuve d'expert. Dans cette affaire, le juge a conclu que les registres d'entretien n'étaient pas pertinents et que, par conséquent, ils ne satisfaisaient pas à l'exigence minimale relative à la communication de la preuve par la partie principale. Le juge Golden, de la Cour provinciale, a privilégié l'approche retenue dans *Sutton*. Il a conclu que les registres d'entretien étaient dénués de pertinence, en conséquence de quoi il a rejeté la demande de communication. M. Vallentgoed a ensuite été déclaré coupable.

#### B. *Cour provinciale de l'Alberta — R. c. Gubbins, 2014 ABPC 195, 596 A.R. 351*

[13] La juge Schaffter, de la Cour provinciale, s'est penchée sur la requête en arrêt des procédures présentée par M. Gubbins sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte* en raison du refus du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve additionnels. La juge Schaffter a dit s'estimer liée par l'arrêt *Kilpatrick*. Elle a en outre souligné que, dans l'arrêt *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, la Cour avait déclaré que, bien qu'ils ne soient pas assimilables à des fruits de l'enquête, les dossiers disciplinaires des policiers étaient visés par l'obligation de communication incombant à la partie principale, étant donné leur pertinence pour établir la crédibilité d'un

should have disclosed the records sought. Schaffter Prov. Ct. J. concluded that a breach of s. 7 was made out. Given that Mr. Gubbins' driving license was suspended pending the outcome of the trial, and that this suspension would continue if she ordered an adjournment, Schaffter Prov. Ct. J. was satisfied that Mr. Gubbins would be prejudiced. She entered a stay of proceedings.

C. *Court of Queen's Bench of Alberta — 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197*

[14] Mr. Vallentgoed appealed his conviction. The Crown appealed Mr. Gubbins' stay of proceedings. The appeals were heard jointly before Kenny J., sitting as summary conviction appeal judge. In her view, it was problematic for the Crown to have to tender expert evidence in every case to demonstrate that the maintenance records are irrelevant. These records may or may not meet the threshold for relevancy. In Kenny J.'s view, it is a waste of judicial resources to re-litigate this issue repeatedly, especially given that the Court's ruling in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, determined conclusively (in her view) that maintenance records are first party records. She dismissed the Crown's appeal of Mr. Gubbins' stay of proceedings and ordered a new trial for Mr. Vallentgoed.

D. *Court of Appeal of Alberta — 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85*

(1) Per Slatter J.A. (Berger J.A. Concurring)

[15] Slatter J.A., with Berger J.A. concurring, allowed the appeals. He took the view that the maintenance records are not fruits of the investigation

policier. Par analogie, les registres d'entretien étaient pertinents relativement à la fiabilité de l'alcootest approuvé. Ainsi, les documents visés par la demande de communication relevaient de ceux à communiquer par la partie principale. Par conséquent, le ministère public aurait dû divulguer les dossiers demandés. La juge Schaffter a conclu que l'atteinte à l'art. 7 avait été établie. Puisque le permis de conduire de M. Gubbins avait été suspendu en attendant l'issue du procès, et que cette suspension se poursuivrait si elle ordonnait un ajournement, la juge Schaffter était convaincue que M. Gubbins en subirait un préjudice. Elle a donc ordonné l'arrêt des procédures.

C. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta — 2015 ABQB 206, 608 A.R. 197*

[14] M. Vallentgoed, pour sa part, a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, et le ministère public, quant à lui, a fait appel de l'arrêt des procédures accordé à M. Gubbins. La juge Kenny, siégeant en tant que juge d'appel des poursuites sommaires, a entendu conjointement les deux appels. À son avis, il était problématique pour le ministère public d'avoir à présenter à tout coup une preuve d'expert afin de démontrer l'absence de pertinence des registres d'entretien. Ces documents peuvent ou non répondre au critère préliminaire de la pertinence. De l'avis de la juge Kenny, c'est un gaspillage de ressources judiciaires que de remettre constamment en litige cette même question, d'autant plus que dans l'arrêt *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, la Cour avait (à son avis) statué de façon définitive que les registres d'entretien constituaient des dossiers en la possession de la partie principale. Elle a rejeté l'appel formé par le ministère public à l'encontre de l'arrêt des procédures accordé à M. Gubbins, et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour M. Vallentgoed.

D. *Cour d'appel de l'Alberta — 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85*

(1) Le juge Slatter (avec l'appui du juge Berger)

[15] Le juge d'appel Slatter, avec l'appui du juge Berger, a accueilli les appels. Il a exprimé l'avis que les registres d'entretien n'étaient pas des fruits de

to be disclosed routinely. Rather, they are third party records subject to the procedure set out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. Maintenance records differ from time-of-test records; the latter show how the device was operating when the breath sample was taken. Time-of-test records are relevant; they can also be the basis for an argument for further disclosure. Based on the expert evidence on behalf of the Crown, Slatter J.A. concluded that a “fail” reading is not evidence of a malfunction in the instrument. Rather, a “fail” indicates that the instrument is functioning properly by alerting the technician that there is a problem. Thus, a “fail” on an earlier or later occasion (than the test of the breath samples of the accused) that leads to maintenance of the instrument tells us nothing about whether the instrument was functioning properly on the occasion when the breath samples of the accused were tested. Rather, what is relevant is whether a “fail” occurred in the test sequence (described above in para. 4) that produced the results for the breath samples of the accused; no “fail” indicates the instrument was functioning properly. In the result, Slatter J.A. reinstated Mr. Vallentgoed’s conviction; he set aside Mr. Gubbins’ stay of proceedings and remitted his case for a new trial.

(2) Per Rowbotham J.A. (Dissenting)

[16] In Rowbotham J.A.’s view, this Court’s decision in *St-Onge Lamoureux* provided authoritative guidance that maintenance records are relevant and should form part of the standard disclosure package. The maintenance records could be the basis for an application to obtain further, and more detailed, maintenance records. In Mr. Vallentgoed’s case, the trial judge erred by not ordering disclosure of the maintenance records. Rowbotham J.A. would have dismissed the Crown appeal in Mr. Vallentgoed’s case. With respect to Mr. Gubbins, Rowbotham J.A. would

l’enquête qui devaient être communiqués de manière routinière, mais qu’il s’agissait plutôt de dossiers en la possession de tiers visés par la procédure énoncée dans l’arrêt *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Les registres d’entretien diffèrent des relevés établis au moment de l’alcooltest, car ces derniers font état du fonctionnement de l’appareil au moment du prélèvement de l’échantillon d’haleine. Les relevés établis au moment de l’alcooltest sont pertinents; ils peuvent également servir de fondement à un argument en vue d’obtenir la communication de renseignements supplémentaires. Sur la foi de la preuve d’expert produite pour le compte du ministère public, le juge Slatter a conclu qu’un « message d’erreur » n’était pas la preuve d’un mauvais fonctionnement de l’appareil. Il indiquait plutôt que celui-ci fonctionnait correctement, dans la mesure où il avertissait le technicien de l’existence d’un problème. Ainsi donc, un « message d’erreur » qui serait obtenu à un moment antérieur ou ultérieur à celui du prélèvement des échantillons d’haleine de l’accusé, et qui conduirait à un entretien de l’appareil, n’indique en rien si l’instrument fonctionnait convenablement lors de l’analyse des échantillons d’haleine. De fait, ce qui importe est plutôt de savoir si un « message d’erreur » est apparu au cours de la séquence de tests (déjà décrite au par. 4) qui a généré les résultats d’analyse des échantillons d’haleine de l’accusé; l’absence d’un tel message indique que l’appareil fonctionnait correctement. Au final, le juge Slatter a rétabli la déclaration de culpabilité de M. Vallentgoed. Il a annulé l’arrêt des procédures accordé à M. Gubbins et renvoyé l’affaire pour la tenue d’un nouveau procès.

(2) La juge Rowbotham (dissidente)

[16] De l’avis de la juge Rowbotham, l’arrêt *St-Onge Lamoureux* de la Cour fournissait des directives péremptoires quant au fait que les registres d’entretien étaient pertinents et qu’ils devraient faire partie des documents normalement communiqués. Des registres d’entretien, au demeurant, pouvaient servir de fondement à une demande visant l’obtention de registres d’entretien supplémentaires plus détaillés. Dans l’affaire Vallentgoed, la juge du procès avait commis une erreur en n’ordonnant pas la communication des registres d’entretien. Dans

have allowed the appeal in part, as Mr. Gubbins had (later) received disclosure of the complete service records that he had sought. Accordingly, she would have lifted the stay and remitted Mr. Gubbins' case to trial.

#### IV. Issues

[17] These appeals require the Court to consider which disclosure regime applies to maintenance records of breathalyzer instruments. The Court must then decide whether the requisite threshold for disclosure has been met in these cases.

#### V. Analysis

##### A. *Stinchcombe and O'Connor: Two Disclosure Regimes*

[18] In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, this Court held that the Crown has a duty to disclose all relevant, non-privileged information in its possession or control, whether inculpatory or exculpatory. This is referred to as first party disclosure. The Crown's duty to disclose corresponds to the accused's constitutional right to the disclosure of all material which meets the *Stinchcombe* standard: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at para. 22. The purpose of disclosure is to protect the accused's *Charter* right to full answer and defence, which will be impaired where there is a "reasonable possibility that the undisclosed information could have been used in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise making a decision which could have affected the conduct of the defence": *ibid.*

[19] The Crown's duty to disclose is triggered upon request and does not require an application to court: *Stinchcombe*, at pp. 342-43. The duty is ongoing; new information must be disclosed when

le cas de M. Vallentgoed, la juge Rowbotham aurait rejeté l'appel du ministère public. S'agissant de M. Gubbins, la juge Rowbotham aurait accueilli l'appel en partie, étant donné que ce dernier avait, par la suite, obtenu communication de la totalité des relevés d'entretien qu'il avait réclamés. En conséquence, la juge Rowbotham aurait levé l'arrêt des procédures et renvoyé à procès le dossier de M. Gubbins.

#### IV. Questions en litige

[17] En l'espèce, notre Cour est appelée à examiner, dans un premier temps, lequel des régimes de communication s'applique aux registres d'entretien des alcootests. Elle devra ensuite décider si, dans l'un et l'autre des présents pourvois, il a été satisfait au critère préliminaire relatif à la communication de la preuve.

#### V. Analyse

##### A. *Stinchcombe et O'Connor : deux régimes de communication de la preuve*

[18] Dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, la Cour a jugé que le ministère public avait l'obligation de communiquer tous les renseignements pertinents non protégés — inculpatives ou disculpatives — se trouvant en sa possession ou sous son contrôle. C'est ce que l'on appelle la communication de la preuve par la partie principale. L'obligation de communication incombant au ministère public correspond au droit constitutionnel de l'accusé à la communication de tous les documents qui satisfont à la norme énoncée dans *Stinchcombe : R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, par. 22. La communication a pour objet de protéger le droit à une défense pleine et entière conféré par la *Charte* à l'accusé, droit auquel il est porté atteinte lorsqu'il existe une « possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués [aient] été utilisés pour réfuter la preuve du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou, par ailleurs, pour prendre une décision qui aurait pu avoir une incidence sur la façon de présenter la défense » : *ibid.*

[19] L'obligation de communication incombant au ministère public entre en jeu sur demande, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la cour : *Stinchcombe*, p. 342-343. Cette obligation est permanente, de sorte

it is received: *ibid.* The Crown's duty to disclose is not absolute. The Crown considers relevance and the rules of privilege. Where the Crown refuses to disclose evidence for reasons of privilege or irrelevance, the defence can request a review; in such an instance, the burden is on the Crown to justify its refusal to disclose by showing that the information is "clearly irrelevant" or privileged: *Stinchcombe*, at pp. 339-40.

[20] The "Crown" for the purposes of *Stinchcombe* does not refer to all Crown entities, but only to the prosecuting Crown: *McNeil*, at para. 22; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 11. All other Crown entities, including police, are third parties for the purposes of disclosure. They are not subject to the *Stinchcome* regime. This is because the law cannot impose an obligation on the Crown to disclose material that it does not have or cannot obtain: *McNeil*, at para. 22.

[21] In *McNeil*, this Court clarified that "the Crown cannot explain a failure to disclose relevant material on the basis that the investigating police force failed to disclose it to the Crown": para. 24. The Crown has a duty to make reasonable inquiries when put on notice of material in the hands of police or other Crown entities that is potentially relevant: *McNeil*, at para. 49. As well, the police have a corresponding duty to disclose "all material pertaining to its investigation of the accused": *McNeil*, at paras. 23 and 52. Such material is often referred to as "the fruits of the investigation": *McNeil*, at paras. 14, 22-23. As well, the police may be required to hand over information beyond the fruits of the investigation where such information is "obviously relevant to the accused's case": *McNeil*, at para. 59.

que, dès leur réception, les nouveaux renseignements doivent être communiqués : *ibid.* Cela dit, l'obligation de communication du ministère public n'est pas absolue. Ce dernier tient compte de la pertinence des renseignements, mais aussi des règles en matière de privilège. Advenant que le ministère public refuse de communiquer des éléments de preuve pour des motifs de privilège ou d'absence de pertinence, la défense peut demander que cette décision fasse l'objet d'un contrôle; en pareil cas, il incombera au ministère public de justifier son refus de communiquer les renseignements visés en démontrant qu'ils ne sont « manifestement pas pertinents » ou sont l'objet d'un privilège : *Stinchcombe*, p. 339-340.

[20] Pour l'application de l'arrêt *Stinchcombe*, le terme « ministère public » ne renvoie pas à l'ensemble des entités étatiques, mais s'entend du seul poursuivant : *McNeil*, par. 22; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 11. Toutes les autres entités du ministère public, y compris la police, sont des tiers pour les besoins de la communication. Elles ne sont pas assujetties au régime de production établi dans *Stinchcome*. La raison en est que la loi ne saurait imposer au ministère public l'obligation de communiquer des renseignements qu'il n'a pas en sa possession ou qu'il ne peut obtenir : *McNeil*, par. 22.

[21] Dans l'arrêt *McNeil*, notre Cour a précisé que « le ministère public ne peut justifier la non-communication de renseignements pertinents en faisant valoir que le service de police chargé de l'enquête a omis de les lui communiquer » : par. 24. Ainsi, le ministère public a l'obligation de se renseigner suffisamment auprès de la police ou d'autres entités étatiques lorsqu'il est informé de l'existence de renseignements potentiellement pertinents se trouvant en la possession de ces dernières : *McNeil*, par. 49. Du reste, la police a l'obligation correspondante de divulguer « tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l'accusé » : *McNeil*, par. 23 et 52. Ces renseignements sont souvent appelés « les fruits de l'enquête » : *McNeil*, par. 14, 22 et 23. En outre, la police peut être tenue de transmettre des renseignements qui ne font pas partie des fruits de l'enquête si ces renseignements « se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l'accusé » (*McNeil*, par. 59).

[22] The “fruits of the investigation” refers to the police’s investigative files, as opposed to operational records or background information. This information is generated or acquired during or as a result of the specific investigation into the charges against the accused. Such information is necessarily captured by first party/*Stinchcombe* disclosure, as it likely includes

relevant, non-privileged information related to the matters the Crown intends to adduce in evidence against an accused, as well as any information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist an accused in the exercise of the right to make full answer and defence. The information may relate to the unfolding of the narrative of material events, to the credibility of witnesses or the reliability of evidence that may form part of the case to meet.

In its normal, natural everyday sense, the phrase “fruits of the investigation” posits a relationship between the subject matter sought and the investigation that leads to the charges against an accused.

(*R. v. Jackson*, 2015 ONCA 832, 128 O.R. (3d) 161, at paras. 92-93)

[23] In addition to information contained in the investigative file, the police should disclose to the prosecuting Crown any additional information that is obviously relevant to the accused’s case. The phrase “obviously relevant” should not be taken as indicating a new standard or degree of relevance: *Jackson*, at para. 125, per Watt J.A. Rather, this phrase simply describes information that is not within the investigative file, but that would nonetheless be required to be disclosed under *Stinchcombe* because it relates to the accused’s ability to meet the Crown’s case, raise a defence, or otherwise consider the conduct of the defence. *McNeil* requires the police to hand such information to the Crown.

[24] These qualifiers are significant, as they contemplate that not all police records will be subject to first party disclosure. For example, as this Court noted in *McNeil*, “not every finding of police

[22] Les « fruits de l’enquête » renvoient aux dossiers d’enquête de la police, par opposition aux dossiers opérationnels ou aux renseignements sur les antécédents. Ils sont générés au cours ou à la suite d’une enquête donnée concernant les accusations portées contre l’accusé. Pareils renseignements sont forcément soumis au régime de communication applicable à la partie principale selon l’arrêt *Stinchcombe*, car ils comprennent probablement

[TRADUCTION] de l’information pertinente non protégée qui se rapporte aux éléments de preuve que le ministère public entend produire contre un accusé ainsi que toute information pouvant raisonnablement aider l’accusé à exercer son droit à une défense pleine et entière. L’information peut porter sur le déroulement des faits importants, la crédibilité des témoins ou la fiabilité de la preuve susceptible de faire partie du dossier du ministère public.

Dans son sens ordinaire, naturel et courant, l’expression « fruits de l’enquête » suppose un lien entre l’objet recherché et l’enquête à l’origine des accusations portées contre un inculpé.

(*R. c. Jackson*, 2015 ONCA 832, 128 O.R. (3d) 161, par. 92-93)

[23] Outre les renseignements contenus dans le dossier d’enquête, la police devrait communiquer au poursuivant tous les renseignements additionnels qui se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l’accusé. Il ne faut pas considérer que les mots « se rapportent manifestement » ou « manifestement pertinents » dénotent une nouvelle norme ou un nouveau degré de pertinence : *Jackson*, par. 125, le juge Watt. Cette expression ne fait plutôt que désigner les renseignements qui ne font pas partie du dossier d’enquête, mais qui doivent néanmoins être communiqués selon l’arrêt *Stinchcombe* parce qu’ils concernent la capacité de l’accusé de réfuter la preuve du ministère public, de présenter un moyen de défense ou d’envisager autrement la conduite qu’adoptera la défense. L’arrêt *McNeil* oblige la police à transmettre ces renseignements au ministère public.

[24] De tels qualificatifs sont importants, puisqu’ils donnent à entendre que les dossiers de la police ne seront pas tous visés par le régime de communication applicable à la partie principale. Par exemple,

misconduct by an officer involved in the investigation will be of relevance to an accused's case": para. 59. Similarly, as the Alberta Court of Appeal stated in *R. v. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432, at paras. 37-38:

All *McNeil* established is that disclosure of police misconduct records where they are obviously relevant is a matter of first party disclosure. In reaching that conclusion, the Supreme Court likened those types of records to records relating to convictions for perjury for Crown witnesses. Only records of misconduct that are obviously relevant form a part of first party disclosure. If the record of police misconduct is not obviously relevant, an accused person can still gain access to it relying on the *O'Connor* process for third party disclosure.

For all other records held by a public body, including the police, the *Stinchcombe-O'Connor* distinction continues to be the rule. The police are required to disclose the investigative file as first party *Stinchcombe* disclosure and other files or records in the hands of the police are subject to the *O'Connor* process. This would include files relating to complaints of criminal activity by Crown witnesses and the operational records of the police force or government body from whom records are sought. [Emphasis added.]

From the foregoing, it is evident that there is an important role for third party disclosure where the records are neither part of the investigative file nor obviously relevant, therefore not part of first party disclosure: *McNeil*, at para. 60.

[25] Third party disclosure is dealt with in *O'Connor*. To obtain disclosure of such records,

ainsi que notre Cour l'a souligné dans *McNeil*, « les conclusions d'inconduite prononcées contre un policier qui participe à l'enquête ne seront pas toutes pertinentes quant à la poursuite engagée contre l'accusé » : par. 59. Dans la même veine, la Cour d'appel de l'Alberta a déclaré dans l'arrêt *R. c. Black*, 2011 ABCA 349, 286 C.C.C. (3d) 432, par. 37-38 :

[TRADUCTION] Tout ce que l'arrêt *McNeil* a établi, c'est que la communication de dossiers relatifs à l'inconduite de policiers, dans les cas où de tels renseignements sont manifestement pertinents, relève de la communication par la partie principale. En parvenant à cette conclusion, la Cour suprême a fait un rapprochement entre ce type de dossiers et les dossiers ayant trait aux déclarations de culpabilité pour parjure de témoins cités par le ministère public. Seuls les renseignements relatifs à l'inconduite qui sont manifestement pertinents font partie des documents qui doivent être communiqués par la partie principale. À supposer que des dossiers concernant l'inconduite d'un policier ne soient pas manifestement pertinents, une personne accusée pourra tout de même y accéder en recourant à la procédure établie dans *O'Connor* relativement à la communication de renseignements détenus par des tiers.

Quant à tous les autres documents détenus par un organisme public, y compris la police, il convient toujours de faire la distinction entre les régimes de communication respectifs des arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*. La police est tenue de produire les dossiers de l'enquête en tant que documents visés par le régime de communication établi dans *Stinchcombe* pour la partie principale, alors que les autres dossiers qui se trouvent en la possession de la police sont soumis à la procédure énoncée dans *O'Connor*. Ces dossiers comprendraient les dossiers se rapportant à des plaintes déposées par des témoins du ministère public relativement à des activités criminelles, ainsi que les dossiers opérationnels de la force policière ou de l'organisme gouvernemental desquels on cherche à obtenir ces dossiers. [Je souligne.]

Il ressort de ce qui précède que le régime applicable à la communication de renseignements en la possession de tiers remplit une fonction importante lorsque les renseignements voulus ne font pas partie du dossier d'enquête et ne sont pas manifestement pertinents, et qu'ils ne font donc pas partie des renseignements à communiquer par la partie principale : *McNeil*, par. 60.

[25] La communication de dossiers en la possession de tiers est traitée dans l'arrêt *O'Connor*. Pour obtenir

an accused must make a court application. First, the burden is on the accused to show that the record is likely relevant. Second, where the accused discharges this burden, the judge will examine the record to determine whether, and to what extent, it should be produced to the accused.

[26] Information will be “likely relevant” where there is “a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or to the competence of a witness to testify”: *O’Connor*, at para. 22 (emphasis deleted). The “likely relevant” threshold has been described as significant, but not onerous: *O’Connor*, at para. 24; *McNeil*, at para. 29. The reason that the relevance threshold is “significant” is to allow the courts to act as gatekeepers, preventing “speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive, and time consuming” requests for production: *O’Connor*, at para. 24, quoting *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 32.

[27] Nevertheless, the burden on the accused is not onerous. “Likely relevance” is a lower threshold than “true relevance”, and has a “wide and generous connotation” that “includes information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the accused in the exercise of the right to make full answer and defence”: *McNeil*, at para. 44; see also *O’Connor*, at para. 21. Only after information has been shown to be likely relevant will the courts assess the actual relevance of the record sought. The courts then consider competing interests at the second stage of an *O’Connor* application: *McNeil*, at para. 39. It may be apparent “upon inspection by the court that the claim of likely relevance established at the first stage of the *O’Connor* application is simply not borne out”: *McNeil*, at para. 40.

[28] There are two reasons why the threshold in an *O’Connor* application is not onerous. First, the only issue at this stage is likely relevance. The application judge is not determining the admissibility of records,

la production de ces dossiers, l’accusé doit en faire la demande à la cour. Premièrement, c’est à lui qu’il incombe de prouver que ces dossiers sont vraisemblablement pertinents. Deuxièmement, une fois que l’accusé se sera acquitté de ce fardeau, le juge examinera les dossiers en question pour décider s’ils devraient être transmis à l’accusé, et si oui, dans quelle mesure.

[26] Les renseignements seront « vraisemblablement pertinents » dans le cas où il existe « une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l’habilité à témoigner d’un témoin » : *O’Connor*, par. 22 (soulignement omis). Ce critère de la « pertinence probable » a été qualifié d’important, sans être onéreux : *O’Connor*, par. 24; *McNeil*, par. 29. Il est « important » en ce qu’il permet aux tribunaux de jouer le rôle de gardien, de manière à éviter les demandes de production « qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires » : *O’Connor*, par. 24, citant *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 32.

[27] Néanmoins, le fardeau qui incombe à l’accusé n’est pas onéreux. Du reste, le critère de « la pertinence vraisemblable » — moins rigoureux que celui de « la pertinence véritable » — a une « portée très large » qui « comprend des renseignements qui seraient raisonnablement susceptibles d’aider l’accusé dans l’exercice de son droit à une défense pleine et entière » : *McNeil*, par. 44; voir également *O’Connor*, par. 21. Ce n’est qu’une fois établie la pertinence vraisemblable des renseignements qu’ils renferment que les tribunaux évalueront la pertinence véritable des dossiers réclamés. C’est à ce moment-là, c.-à-d. à la deuxième étape d’une demande de type *O’Connor*, que les intérêts opposés en jeu seront pris en compte par les tribunaux : *McNeil*, par. 39. De fait, « l’examen par la cour pourrait révéler que la prétention de pertinence vraisemblable établie à la première étape de la demande de type *O’Connor* n’est simplement pas étayée » : *McNeil*, par. 40.

[28] Il existe deux raisons qui expliquent pourquoi le critère préliminaire à satisfaire dans le cadre d’une demande de type *O’Connor* n’est pas exigeant. D’abord, à cette première étape, l’unique question à

nor has the judge reached the point at which he or she considers competing interests: *O'Connor*, at para. 24. Second, the accused at this stage is in the difficult position of having to make submissions without knowing the contents of the records being sought: *O'Connor*, at para. 25. The likely relevance threshold is a first-step inquiry designed to prevent fishing expeditions, but nothing more.

[29] To summarize, two different regimes govern disclosure in criminal cases. First party disclosure, as set out in *Stinchcombe* and supplemented by the duties on the Crown and the investigating police in *McNeil*, requires disclosure of all relevant information upon request. If the Crown refuses disclosure, it bears the burden to show that the information is clearly irrelevant. Third party disclosure per *O'Connor* requires an application to the court for third party disclosure (where the records sought do not fall under first party disclosure) for which the defence bears the burden to show that the record is likely relevant. In both instances, the purpose is “[to protect] an accused person’s right to make full answer and defence, while at the same time recognizing the need to place limits on disclosure when required”: *World Bank Group v. Wallace*, 2016 SCC 15, [2016] 1 S.C.R. 207, at para. 115. Such limits include avoiding fishing expeditions.

#### B. Which Disclosure Regime Applies?

[30] Canadian courts have differed as to which disclosure regime applies to breathalyzer maintenance records. Some courts have decided that maintenance records are first party records and have ordered disclosure: *R. v. Gubbins*, 2009 ONCJ 80; *R. v. Lo*, 2009 ONCJ 307, 86 M.V.R. (5th) 284; *R. v. Klug*, 2010

trancher est celle de la « pertinence probable » des renseignements. Le juge saisi de la demande ne se prononce pas sur l’admissibilité des documents demandés, et n’en est pas encore au stade d’examiner les intérêts opposés en jeu : *O'Connor*, par. 24. Ensuite, à cette étape, l’accusé se retrouve dans la situation difficile de devoir présenter des arguments sans connaître le contenu des dossiers demandés : *O'Connor*, par. 25. Ainsi, le critère de la pertinence probable est une première étape de l’analyse qui vise à éviter les recherches à l’aveuglette, mais rien de plus.

[29] En résumé, deux régimes différents régissent la communication de la preuve dans les affaires criminelles. D’une part, le régime de communication par la partie principale — comme il a été exposé dans *Stinchcombe*, et complété par les obligations incombant au ministère public et au service de police chargé de l’enquête, suivant l’arrêt *McNeil* — exige la communication, sur demande, de tous les renseignements pertinents que ces derniers ont en leur possession. Si le ministère public refuse cette communication, il lui appartient de démontrer que les renseignements concernés ne sont manifestement pas pertinents. D’autre part, le régime applicable à la communication de renseignements en la possession de tiers établi dans *O'Connor* nécessite la présentation à la cour d’une demande de production de dossiers détenus par un tiers — lorsque ceux-ci ne relèvent pas des documents devant être communiqués par la partie principale — dont la défense est tenue de démontrer qu’ils sont vraisemblablement pertinents. Dans les deux cas, l’objectif est « [de] protéger le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière, tout en reconnaissant la nécessité de restreindre la communication au besoin » : *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, 2016 CSC 15, [2016] 1 R.C.S. 207, par. 115. De telles restrictions visent notamment à empêcher les recherches à l’aveuglette d’éléments de preuve.

#### B. Quel est le régime de communication applicable?

[30] Les tribunaux canadiens ont exprimé des points de vue divergents quant au régime de communication qu’il convient d’appliquer aux registres d’entretien des alcootests. Certains d’entre eux ont ainsi décidé que les registres d’entretien relevaient des documents devant être communiqués par la partie principale, et en

ABPC 88, 500 A.R. 293; *R. v. Kristianson*, 2011 ABPC 309, 24 M.V.R. (6th) 298; *R. v. Turnbull*, 2012 ABPC 45, 32 M.V.R. (6th) 162; *Kilpatrick*; *R. v. Hudyé*, 2013 SKPC 122, 425 Sask. R. 302; *R. v. Pankiw*, 2013 SKPC 47, 416 Sask. R. 206; *R. v. Martens*, 2013 ABPC 349; *R. v. Carter*, 2014 ABPC 291, 603 A.R. 366; *R. v. Oleksiuk*, 2014 ONCJ 313; *R. v. Sinclair*, 2015 ABQB 113, 75 M.V.R. (6th) 252, at para. 11 (although the Crown in this last case conceded that the records were first party records). The reasoning in this line of cases is that maintenance records are both relevant and easy to produce.

[31] Other courts have disagreed with this analysis, taking the view that maintenance records are third party records as they are not always held by the police as part of the investigatory records, nor are they obviously relevant as to whether an instrument malfunctioned or was operated improperly: *R. v. Timmons* (1994), 132 N.S.R. (2d) 360 (C.A.); *R. v. Anutooshkin* (1994), 92 C.C.C. (3d) 59 (B.C.C.A.); *R. v. Williams*, 2000 BCSC 207, 1 M.V.R. (4th) 288, at para. 24; *R. v. Keirsted*, 2004 ABQB 491; *R. v. Singleton*, [2004] O.J. No. 5583 (QL) (Ont. C.J.); *R. v. Nicolle*, 2005 ONCJ 346, 27 M.V.R. (5th) 206; *R. v. Coopsammy*, 2008 ABQB 266, 68 M.V.R. (5th) 226; *R. v. Balfour*, 2009 ONCJ 308, 86 M.V.R. (5th) 278, at para. 24; *R. v. Ahmed*, 2010 ONCJ 130, 253 C.C.C. (3d) 378, at paras. 134 and 139-40; *Duff v. Alberta (Attorney General)*, 2010 ABPC 250, 497 A.R. 16; *Black* (this case dealt with ASD records not AI records); *Sutton*; *R. v. Worden*, 2014 SKPC 143, 68 M.V.R. (6th) 141.

[32] How should the courts determine whether a record in the possession or control of a state entity is subject to first party or third party disclosure? Relevance alone is not determinative. A record may be relevant to the case against an accused and still be a third party record.

ont ensuite ordonné la communication : *R. c. Gubbins*, 2009 ONCJ 80; *R. c. Lo*, 2009 ONCJ 307, 86 M.V.R. (5th) 284; *R. c. Klug*, 2010 ABPC 88, 500 A.R. 293; *R. c. Kristianson*, 2011 ABPC 309, 24 M.V.R. (6th) 298; *R. c. Turnbull*, 2012 ABPC 45, 32 M.V.R. (6th) 162; *Kilpatrick*; *R. c. Hudyé*, 2013 SKPC 122, 425 Sask. R. 302; *R. c. Pankiw*, 2013 SKPC 47, 416 Sask. R. 206; *R. c. Martens*, 2013 ABPC 349; *R. c. Carter*, 2014 ABPC 291, 603 A.R. 366; *R. c. Oleksiuk*, 2014 ONCJ 313; *R. c. Sinclair*, 2015 ABQB 113, 75 M.V.R. (6th) 252, par. 11 (bien que le ministère public ait concédé, dans cette dernière affaire, que les dossiers visés étaient des dossiers susceptibles de communication par la partie principale). Le raisonnement qui se dégage de ce courant jurisprudentiel est que les registres d'entretien sont à la fois pertinents et faciles à produire.

[31] D'autres tribunaux, ne souscrivant pas à cette analyse, ont adopté le point de vue selon lequel les registres d'entretien constituent des dossiers en la possession de tiers, car ils ne sont pas toujours détenus par la police en tant qu'éléments du dossier d'enquête, et ne sont pas non plus manifestement pertinents pour établir s'il y a eu un mauvais fonctionnement ou une utilisation incorrecte de l'appareil : *R. c. Timmons* (1994), 132 N.S.R. (2d) 360 (C.A.); *R. c. Anutooshkin* (1994), 92 C.C.C. (3d) 59 (C.A.C.-B.); *R. c. Williams*, 2000 BCSC 207, 1 M.V.R. (4th) 288, par. 24; *R. c. Keirsted*, 2004 ABQB 491; *R. c. Singleton*, [2004] O.J. No. 5583 (QL) (C.J. Ont.); *R. c. Nicolle*, 2005 ONCJ 346, 27 M.V.R. (5th) 206; *R. c. Coopsammy*, 2008 ABQB 266, 68 M.V.R. (5th) 226; *R. c. Balfour*, 2009 ONCJ 308, 86 M.V.R. (5th) 278, par. 24; *R. c. Ahmed*, 2010 ONCJ 130, 253 C.C.C. (3d) 378, par. 134, 139 et 140; *Duff c. Alberta (Attorney General)*, 2010 ABPC 250, 497 A.R. 16; *Black* (dans cette affaire, il était question de registres concernant un appareil de détection approuvé, et non un alcootest approuvé); *Sutton*; *R. c. Worden*, 2014 SKPC 143, 68 M.V.R. (6th) 141.

[32] Dans ce contexte, de quelle manière les tribunaux peuvent-ils déterminer si un dossier en la possession ou sous le contrôle d'une entité étatique relève du régime de communication applicable à la partie principale, ou du régime applicable aux tiers? La pertinence, à elle seule, ne saurait être déterminante. Un dossier peut être pertinent quant à la poursuite engagée contre un accusé, tout en étant détenu par un tiers.

[33] Based on the previous discussion of disclosure regimes, to determine which regime is applicable, one should consider: (1) Is the information that is sought in the possession or control of the prosecuting Crown? and (2) Is the nature of the information sought such that the police or another Crown entity in possession or control of the information ought to have supplied it to the prosecuting Crown? This will be the case if the information can be qualified as being part of the fruits of the investigation or obviously relevant. An affirmative answer to either of these questions will call for the application of the first party disclosure regime.<sup>1</sup> Otherwise, the third party disclosure regime applies. For the reasons that follow, the maintenance records are subject to third party disclosure.

(1) Is the Information in the Possession or Control of the Prosecuting Crown?

[34] In these cases, the information sought is not in the possession or control of the Crown. Rather, the maintenance records are held both by the RCMP and by other third parties. The RCMP keeps certificates of annual inspection, as well as a record indicating when the instrument was sent out for repair. The repairs, however, are done off site; more extensive records relating to such repairs are kept by third party service providers. Even in those police departments where repair work is done on site, this information is not held by the prosecuting Crown, so the answer to the first question is no.

<sup>1</sup> Out of an abundance of caution, nothing in these reasons should be seen as detracting from the *Mills* regime which requires an application to obtain records “relating to a complainant or a witness” even if those records are in the possession or control of the Crown: see *Criminal Code*, ss. 278.1 to 278.9; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668.

[33] Compte tenu de la précédente analyse des différents régimes de communication, il y a lieu de se poser les questions suivantes au moment de décider lequel des deux régimes s’applique : (1) les renseignements demandés se trouvent-ils en la possession ou sous le contrôle du poursuivant? et (2) les renseignements recherchés sont-ils d’une nature telle que la police ou l’autre entité étatique qui les a en sa possession ou sous son contrôle aurait dû les transmettre au poursuivant? Tel sera le cas si les renseignements visés peuvent être considérés comme faisant partie des fruits de l’enquête ou comme étant manifestement pertinents. Une réponse affirmative à l’une ou l’autre de ces questions commandera l’application du régime de communication par la partie principale<sup>1</sup>. Sinon, le régime de communication de renseignements en la possession de tiers s’appliquera. Pour les motifs ci-après, les registres d’entretien sont soumis au régime de communication des dossiers en la possession de tiers.

(1) Les renseignements sollicités se trouvent-ils en la possession ou sous le contrôle du poursuivant?

[34] Dans les affaires qui nous occupent, les renseignements sollicités ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public. En fait, les registres d’entretien sont détenus tant par la GRC que par d’autres tiers. La GRC conserve des certificats d’inspection annuelle, de même qu’un registre indiquant les dates auxquelles l’appareil a été envoyé pour réparation. Les réparations ne se font toutefois pas aux installations de la GRC même; les dossiers plus détaillés les concernant sont conservés par des fournisseurs de services tiers. Même dans les commissariats de police où les travaux de réparation sont exécutés sur place, ces renseignements ne sont pas entre les mains du poursuivant; la réponse à la première question est donc non.

<sup>1</sup> Par excès de prudence, les présents motifs ne sauraient être interprétés comme une rupture d’avec le régime de l’arrêt *Mills* qui requiert une demande de dossiers « se rapportant à un plaignant ou à un témoin » même si ces dossiers sont en possession ou sous le contrôle du ministère public : voir *Code criminel*, art. 278.1 à 278.9; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

- (2) Is the Nature of the Information Sought Such That the Police or Another Crown Entity in Possession or Control of the Information Ought to Have Supplied it to the Prosecuting Crown?
- (a) *Is the Information Part of the Fruits of the Investigation?*

[35] The maintenance records are not part of the “fruits of the investigation”. Rather, they are created as operational records that are not specific to any particular investigation: *Black*, at para. 17. On this point, I respectfully differ from the Court of Queen’s Bench of Alberta, which held in *Kilpatrick* that there is no difference between a police officer’s notes and a breathalyzer instrument’s maintenance records: para. 81. When the former are specific to the particular investigation at issue, they are clearly part of the investigative record and must be disclosed to the accused. Nonetheless, records that are not part of the fruits of the investigation may still be subject to first party disclosure under *Stinchcombe* if they are obviously relevant to the accused’s case.

- (b) *Is the Information Obviously Relevant?*

[36] Recall that the phrase “obviously relevant” does not create a new standard of relevance. Rather, it simply indicates to police that there will be times when they have to disclose information that is outside of the investigative file, due to the nature of the information in question.

[37] Some lower courts have found that maintenance records meet the obviously relevant threshold by analogy with this Court’s ruling in *McNeil*. In other cases, lower courts read this Court’s ruling in *St-Onge Lamoureux* as having conclusively determined that maintenance records are relevant. Properly read, I do not take *McNeil* and *St-Onge Lamoureux* to stand for these propositions. As well, I am persuaded by the expert evidence in this case which indicates that the maintenance records are *not* relevant to determine whether the instrument

- (2) Les renseignements demandés sont-ils d’une nature telle que la police ou l’autre entité du ministère étatique qui les a en sa possession ou sous son contrôle aurait dû les transmettre au poursuivant?
- a) *Les renseignements font-ils partie des fruits de l’enquête?*

[35] Les registres d’entretien ne font pas partie des fruits de l’enquête. Ils sont plutôt créés en tant que dossiers opérationnels, qui ne sont pas propres à une enquête en particulier : *Black*, par. 17. Soit dit en tout respect, je ne partage pas sur ce point l’avis de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, laquelle a statué, dans l’arrêt *Kilpatrick*, qu’il n’y a pas de différence entre les notes prises par un policier et les registres d’entretien d’un alcootest : par. 81. Lorsque les premières se rapportent expressément à l’enquête en cause, elles font clairement partie du dossier d’enquête et doivent être communiquées à l’accusé. Toutefois, lorsqu’ils se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l’accusé, les documents ne faisant pas partie des fruits de l’enquête peuvent tout de même relever du régime de communication par la partie principale établi dans *Stinchcombe*.

- b) *Les renseignements sont-ils manifestement pertinents?*

[36] Rappelons que l’expression « manifestement pertinent » ne crée pas une nouvelle norme de pertinence. Elle indique plutôt aux policiers qu’ils doivent parfois communiquer des renseignements qui, de par leur nature, dépassent le cadre du dossier d’enquête.

[37] Certains tribunaux d’instance inférieure ont décidé, en établissant une analogie avec l’arrêt *McNeil* de notre Cour, que les registres d’entretien satisfaisaient au critère préliminaire de la pertinence manifeste. Dans d’autres décisions, des tribunaux inférieurs ont interprété l’arrêt *St-Onge Lamoureux* comme ayant établi de manière concluante la pertinence des registres d’entretien. Or, il ne m’apparaît pas que, correctement interprétés, les arrêts *McNeil* et *St-Onge Lamoureux* appuient de telles thèses. Par ailleurs, j’ai été convaincu par la preuve d’expert

malfunctioned. I will turn now to each of the foregoing.

(i) Relying on the Analogy in *McNeil* Is Unhelpful

[38] Lower courts have often relied on the language in *McNeil* suggesting an analogy to perjury. For instance, in *Kilpatrick* (Q.B.), the court stated:

In this respect, I consider that there is an analogy between the approved instrument and an investigating police officer. If the credibility of an officer who is expected to provide significant evidence against the accused is of obvious relevance, then the credibility of the approved instrument which is expected to provide presumptively conclusive evidence against the accused must be equally relevant. Indeed, the credibility of a machine whose reliability is given statutory presumptiveness is much harder to challenge than the credibility of an individual who is entitled to no similar presumption. [para. 68]

I would agree with Slatter J.A. that this analogy is not apt (C.A. reasons, at para. 44; see also *Black*, at para. 39, for an analogy to perjury cases). The credibility of human witnesses is not commonly assessed by way of expert evidence. It is a matter of common sense that a person may lie. Whether a “mechanical witness” might “lie”, by contrast, is a technical and scientific matter; expert evidence may show that certain evidence is not relevant to a machine’s reliability.

(ii) *St-Onge Lamoureux* Did Not Determine Whether or Not Maintenance Records Are Relevant

[39] The constitutionality of the statutory presumptions in s. 258 of the *Criminal Code* was the issue in *St-Onge Lamoureux*. Under s. 258, once certain statutory preconditions are met, the results of the breathalyzer analyses used in impaired driving-related

présentée en l’espèce, qui montre que les registres d’entretien *ne* sont *pas* pertinents pour ce qui est de savoir si l’alcootest a mal fonctionné. Je vais maintenant examiner chacun des points qui viennent d’être soulevés.

(i) S’appuyer sur l’analogie employée dans *McNeil* n’est d’aucune utilité

[38] Les tribunaux inférieurs se sont souvent appuyés sur le passage de l’arrêt *McNeil* où l’on propose une analogie avec un cas de parjure. À titre d’exemple, dans la décision *Kilpatrick*, la Cour du Banc de la Reine a fait la déclaration suivante :

[TRADUCTION] À cet égard, j’estime qu’il y a une analogie à faire entre l’alcootest approuvé et le policier chargé d’une enquête. Si la crédibilité du policier appelé à fournir des éléments de preuve importants contre l’accusé est manifestement pertinente, alors celle de l’alcootest approuvé censé fournir des éléments de preuve présumément concluants doit l’être tout autant. En effet, la crédibilité d’une machine dont la fiabilité est présumée par la loi est plus difficile à mettre en question que la crédibilité d’une personne qui ne bénéficie d’aucune présomption semblable. [par. 68]

Je suis d’accord avec le juge Slatter pour dire que cette analogie n’est pas appropriée (motifs de la C.A., par. 44; voir aussi *Black*, par. 39, pour tracer un parallèle avec les cas de parjure). La crédibilité des témoins humains s’évalue rarement au moyen d’une preuve d’expert. Une personne peut mentir; cela relève du simple bon sens. La question de savoir si un « témoin mécanique » est susceptible de « mentir », par contre, est une question d’ordre technique et scientifique. La preuve d’expert peut démontrer que certains éléments de preuve ne sont pas pertinents relativement à la fiabilité d’une machine.

(ii) L’arrêt *St-Onge Lamoureux* n’a pas établi la pertinence ou non des registres d’entretien

[39] La constitutionnalité des présomptions prévues à l’art. 258 du *Code criminel* était la question en litige dans *St-Onge Lamoureux*. Suivant l’art. 258, une fois réunies certaines conditions préalables établies par la loi, les résultats des analyses utilisés

prosecutions are presumed to be accurate and are presumed to correspond to the accused's blood alcohol content at the time of the alleged offence. The accused can rebut these presumptions with evidence tending to show instrument malfunction or operator error. Properly read, *St-Onge Lamoureux* did not determine that all maintenance records are obviously relevant. In *St-Onge Lamoureux*, this Court assumed the records may be relevant, but made no final determination on this point. As well, to the extent that *St-Onge Lamoureux* relied on evidence from the Alcohol Testing Committee in stating this assumption, this no longer reflects the position taken by the Committee.

[40] Moreover, neither the questions posed by the judges of this Court nor the answers given in response shed much light on whether an issue was dealt with in the disposition of a case. This Court may decide not to address a particular issue, even if individual members of the Court showed interest in it during the hearing. Rather, one must look to the reasons for the decision. In *St-Onge Lamoureux*, the majority of this Court expressly declined to determine what evidence was relevant to determining the proper functioning and operation of the breathalyzer instrument (para. 42):

Since the nature and scope of the evidence that might be considered relevant has not been argued on this appeal, it would not be appropriate to rule on the specific limits of that evidence. I will merely note that, in light of the evidence accepted by the trial judge, there are several pieces of evidence that can be provided to a person who is charged under s. 253(1)(b) *Cr. C.*, including the breathalyzer readings, the qualified technician's certificate and the analyst's certificate concerning the sample of the alcohol standard. [Emphasis added.]

[41] Later in *St-Onge Lamoureux* (at para. 78), the majority reasons note that:

Although Parliament now requires evidence tending to establish a deficiency in the functioning or operation of the instrument, this does not mean that there are limits on the evidence that can reasonably be used by the accused

lors d'une poursuite pour conduite avec les facultés affaiblies sont présumés exacts et correspondre à l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction reprochée. L'accusé peut réfuter ces présomptions en produisant une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil. Interprété comme il se doit, cet arrêt n'a pas établi que tous les registres d'entretien sont manifestement pertinents. Dans *St-Onge Lamoureux*, notre Cour a émis l'hypothèse que ces registres pouvaient se révéler pertinents, en se gardant toutefois de rendre une décision définitive à cet égard. Par ailleurs, dans la mesure où, dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, la Cour s'est fondée sur des éléments de preuve émanant du Comité des analyses d'alcool pour formuler cette hypothèse, je précise que celle-ci ne reflète plus la position adoptée par le Comité.

[40] Qui plus est, ni les questions posées par les juges de notre Cour ni les réponses qui leur ont été données ne nous éclairent vraiment quant à savoir si elle a tranché une question en statuant sur une cause. Notre Cour peut décider de ne pas se prononcer sur une question en particulier même si certains juges ont manifesté de l'intérêt pour celle-ci durant l'audience. Il faut plutôt étudier les motifs de la décision. Dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, la majorité de notre Cour a expressément refusé de décider quelle preuve était pertinente pour juger du bon fonctionnement et de l'utilisation correcte de l'alcootest (par. 42) :

Comme la nature et l'étendue de la preuve qui pourrait être jugée pertinente n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire dans le présent pourvoi, il ne convient pas d'en étudier les limites précises. Je me contenterai de signaler que, suivant la preuve retenue par le juge de première instance, lors d'une accusation fondée sur l'al. 253(1)b) *C. cr.*, plusieurs éléments de preuve peuvent être transmis à la personne accusée, par exemple les relevés de l'alcootest, le certificat du technicien qualifié et celui de l'analyste concernant l'échantillon d'alcool type. [Je souligne.]

[41] Plus loin dans les motifs de cet arrêt (par. 78), la majorité précise ce qui suit :

Bien que le législateur exige maintenant une preuve tendant à établir une défaillance dans le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil, cela ne limite pas pour autant les éléments qui peuvent être raisonnablement

to raise a doubt in this regard. The accused can request the disclosure of any relevant evidence that is reasonably available in order to be able to present a real defence. If the prosecution denies such a request, the accused can invoke the rules on non-disclosure and the available remedies for non-disclosure (see *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411). In short, the accused might rely, for example, on a maintenance log that shows that the instrument was not maintained properly or on admissions by the technician that there had been erratic results, or he or she might argue that health problems had affected the functioning of the instrument (see *R. v. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254). [Emphasis added.]

This paragraph must be read in context. First, it states that only relevant evidence may be requested. There is no indication that the Court intended for defence counsel to be able to make unwarranted requests for irrelevant documents. Second, the passage must be read in light of the Court's earlier statement in para. 42 that the scope and nature of relevant evidence had not been argued in the case. Third, the citation to *O'Connor* indicates that the Court contemplated that materials such as the maintenance logs might be available as *third party* records. While this was not settled in *St-Onge Lamoureux*, in my view the foregoing passage indicates an awareness that the defence might have to make an application for the production of such records.

[42] Further, the presumption of accuracy in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* reads:

**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),

...

utilisés par la personne accusée pour soulever un doute sur ces aspects. En effet, les personnes accusées peuvent demander communication des éléments pertinents qui sont raisonnablement disponibles pour leur permettre de faire valoir une défense réelle. En cas de refus, la personne accusée peut invoquer les règles régissant la communication de la preuve ainsi que les réparations qui peuvent être accordées à cet égard (voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411). Bref, la personne accusée pourrait par exemple soit se fonder sur des relevés d'entretien de l'appareil révélant que celui-ci n'a pas été entretenu correctement ou sur des admissions du technicien concernant l'obtention de résultats erratiques, soit faire valoir des problèmes de santé ayant un effet sur le fonctionnement de l'appareil (voir *R. c. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254). [Je souligne.]

Il faut situer ce paragraphe dans son contexte. Premièrement, il précise que seuls les éléments pertinents peuvent faire l'objet d'une demande de communication. Rien n'indique que la Cour entendait par là permettre aux avocats de la défense de présenter des demandes non justifiées visant des documents dénués de pertinence. Deuxièmement, ce passage doit être lu eu égard à la déclaration faite plus tôt par la Cour, au par. 42, selon laquelle la nature et l'étendue de la preuve qui pourrait être jugée pertinente n'avaient pas fait l'objet d'un débat contradictoire dans le pourvoi. Troisièmement, la citation tirée de l'arrêt *O'Connor* indique que la Cour envisageait la possibilité que les documents tels les registres d'entretien puissent être communiqués en tant que documents en la possession de *tiers*. Bien que cette question n'ait pas été résolue dans *St-Onge Lamoureux*, j'estime que le passage précité témoigne de la possibilité que la défense ait à présenter une demande pour obtenir la production de ces documents.

[42] Qui plus est, la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)c) du *Code criminel* est rédigée ainsi :

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

(i) [Repealed, before coming into force, 2008, c. 20, s. 3]

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

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

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

evidence of the results of the analyses so made is 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 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 . . . that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly . . .<sup>2</sup>

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer [ . . . ] [le] mauvais fonctionnement ou [ . . . ] l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise [ . . . ] 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 :

(i) [Abrogé avant d'entrer en vigueur, 2008, c. 20, art. 3]

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

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

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié<sup>2</sup>,

<sup>2</sup> These portions of the text that have been removed (and are replaced by ellipses) were ruled unconstitutional by this Court in *St-Onge Lamoureux*. What remains above is the legal version of the text. For the original version, see C.A. reasons at paras. 48-50, per Slatter J.A.

<sup>2</sup> Les parties du texte qui ont été supprimées (et remplacées par des ellipses), ci-dessus, ont été jugées inconstitutionnelles par notre Cour dans *St-Onge Lamoureux*. La portion restante du libellé représente sa version légale. Pour consulter la version originale, voir les motifs de la Cour d'appel, par. 48-50, le juge Slatter.

[43] The language of s. 258(1)(c) contemplates receiving evidence that the approved instrument “was malfunctioning or was operated improperly”. There is no reference to maintenance. Parliament did not expressly contemplate that the presumption of accuracy will be rebutted based on evidence as to the maintenance of the approved instrument. As the majority of the Court of Appeal correctly noted, “it is not a defence to prove that the instrument was ‘improperly maintained’, nor that maintenance records were not kept in a particular format”: para. 69. The majority reasons of this Court in *St-Onge Lamoureux* should not be read as creating a new defence beyond those provided in the statutory scheme. What matters is whether evidence as to the maintenance of the instrument is relevant to its functioning or proper operation on the occasion when the accused’s breath samples were tested.

[44] This brings me to the second point. This Court did not have the benefit of the Alcohol Test Committee’s current position on the relevance of maintenance records to instrument reliability. In *St-Onge Lamoureux*, this Court considered the Alcohol Test Committee’s recommended standards and procedures, which included, *inter alia*, annual maintenance: para. 25.

[45] In 2012, the Alcohol Test Committee (“ATC”) updated their recommendation. In a position paper published by the Canadian Society of Forensic Science, on the documentation required for assessing the accuracy and reliability of approved instruments, the Committee stated:

Records relating to periodic maintenance or inspections cannot address the working status of an AI [Approved Instrument] at the time of a breath test procedure and are intentionally absent from the requirements listed above. Thus, while a failure to adhere to such quality assurance measures could lead to instrument malfunction, this occurrence will be detectable by the quality control tests done during the breath test procedure. Similarly, data collected

[43] Le texte de l’al. 258(1)c envisage l’admission d’éléments de preuve faisant foi « du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte » de l’alcootest approuvé. Il n’y est pas question d’entretien. Le législateur n’a pas explicitement prévu que la présomption d’exactitude pourrait être réfutée sur la base d’éléments de preuve relatifs à l’entretien de l’alcootest approuvé. Ainsi que la Cour d’appel l’a mentionné à juste titre, [TRADUCTION] « ne constitue pas un moyen de défense le fait de prouver que l’alcootest a été “mal entretenu”, ou que les registres d’entretien n’ont pas été conservés dans un format particulier » : par. 69. Les motifs majoritaires de la Cour dans *St-Onge Lamoureux* ne devraient pas être interprétés comme créant un nouveau moyen de défense qui s’ajoute à ceux prévus par le régime législatif. Ce qui importe, c’est de savoir si des éléments de preuve concernant l’entretien de l’appareil sont pertinents à l’égard du fonctionnement ou de l’utilisation correcte de celui-ci au moment de l’analyse des échantillons d’haleine de l’accusé.

[44] Voilà qui m’amène au deuxième point. Dans l’affaire *St-Onge Lamoureux*, la Cour ne bénéficiait pas de la position actuelle du Comité des analyses d’alcool à l’égard de la pertinence des registres d’entretien pour ce qui est de la fiabilité des appareils. En effet, dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour a tenu compte des normes et procédures recommandées par le Comité des analyses d’alcool, dont, notamment, un entretien annuel : par. 25.

[45] En 2012, le Comité des analyses d’alcool (« CAA ») a mis à jour sa recommandation. Dans un énoncé de position publié par la Société canadienne des sciences judiciaires, le Comité a déclaré, au sujet des documents nécessaires pour évaluer l’exactitude et la fiabilité des alcootests approuvés :

Les registres concernant l’entretien ou les inspections périodiques ou un examen de l’alcootest approuvé précédant ou suivant les tests d’haleine sur un sujet ne peuvent permettre de déterminer l’état de fonctionnement d’un alcootest approuvé au moment où un test d’haleine est effectué et c’est donc intentionnellement qu’ils ont été omis des exigences susmentionnées. En conséquence, malgré le fait que l’inobservation des exigences susmentionnées

both prior to and after the subject test, or an examination of the approved instrument subsequent to the subject test, do not further assist in determining the reliability and accuracy of an AI during a specific breath testing procedure.

(Canadian Society of Forensic Science, “Alcohol Test Committee Position Paper: Documentation Required for Assessing the Accuracy and Reliability of Approved Instrument Breath Alcohol Test Results” (2012), 45 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 101, at p. 102)

Thus, to the extent that this Court relied on the ATC’s recommended standards for the Court’s assumption that maintenance is relevant to the test results’ reliability, this evidence has since been qualified.

(iii) The Expert Evidence Indicates That the Maintenance Records Are Not Obviously Relevant

[46] The introduction of expert evidence to assist the court in determining relevance in these appeals is a key factor distinguishing the present cases from some earlier authorities that held that the maintenance records were relevant (and thus subject to *Stinchcombe* disclosure). For example, in *Kilpatrick*, which was decided after *St-Onge Lamoureux*, the Court of Appeal of Alberta denied leave to appeal, upholding a decision in which it was found that the maintenance records were relevant. However, the court noted that the evidentiary record was “sparse” and that it contained “no expert evidence, nor any other evidence, relative to the operations of the Breathalyzer; nor [was] there any evidence regarding the multiple internal tests carried out by the approved instrument which it is argued make production of [records] irrelevant”: para. 4 (CanLII). This suggests that appellate courts did not consider *St-Onge Lamoureux* to have conclusively determined the issue of relevance, as they were asking for more

en matière d’assurance de la qualité pourrait donner lieu à un problème de fonctionnement de l’appareil, les tests de contrôle de la qualité effectués au cours de la réalisation du test d’haleine permettront de déceler cette faille. De manière similaire, les données recueillies tant avant qu’après la réalisation d’un test d’haleine sur un sujet ne sont pas utiles pour déterminer la fiabilité et l’exactitude d’un alcootest approuvé au cours de la réalisation d’un test donné.

(Société canadienne des sciences judiciaires, « “L’Énoncé de position” du Comité des analyses d’alcool : Documents nécessaires pour évaluer l’exactitude et la fiabilité des résultats des alcootests approuvés » (2012), 45 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 104, p. 105-106)

Donc, si tant est que notre Cour se soit fiée aux normes recommandées par le CAA pour en arriver à l’hypothèse que l’entretien des appareils constituait un facteur pertinent quant à leur fiabilité, cet élément de preuve a été nuancé depuis.

(iii) La preuve d’expert indique que les registres d’entretien ne sont pas manifestement pertinents

[46] En l’espèce, la présentation d’une preuve d’expert en vue d’aider le tribunal à statuer sur la pertinence constitue un facteur clé qui distingue les présents pourvois d’une certaine jurisprudence voulant que les registres d’entretien soient pertinents (et, donc, soumis au régime de communication établi dans *Stinchcombe*). Par exemple, dans l’arrêt *Kilpatrick*, rendu après *St-Onge Lamoureux*, la Cour d’appel de l’Alberta a rejeté la demande d’autorisation d’appel et confirmé la décision dans laquelle il avait été conclu que les registres d’entretien étaient pertinents. Toutefois, la Cour d’appel a fait remarquer que la preuve documentaire portée à sa connaissance était [TRADUCTION] « peu étoffée », et qu’elle ne renfermait « aucune preuve d’expertise, ni aucun autre élément de preuve relatif aux utilisations de l’alcootest, pas plus qu’elle ne [contenait] d’éléments de preuve se rapportant aux multiples contrôles internes effectués par l’alcootest approuvé, lesquels contrôles auraient pour effet, selon ce qui est

evidence on this point. I read *St-Onge Lamoureux* similarly, as I indicate above.

[47] The expert evidence in this case supports the view that the maintenance records are not relevant to the reliability of the approved instruments. As outlined in para. 4 above, breathalyzer machines are subject to a number of internal and external controls. The records that are obviously relevant to the functioning of the instrument are the time-of-test records. The statutory presumption of accuracy refers to the specific results generated by the instrument at that time. The only question that must be answered is whether the machines were operating properly at the time of the test — not before or after. The time-of-test records directly deal with this. The maintenance records, according to the expert evidence, do not.

[48] The machines are designed to produce a “fail” reading where they malfunction. Indeed, a fail reading indicates that the machines are reliable — not unreliable — in that they indicate when they are malfunctioning. The spectre looming over this case is the possibility of false positives. In other words, might the machines be malfunctioning when they appear to be working properly, in that they passed all of the internal and external controls? I agree with Slatter J.A. that this is highly unlikely. And, in any case, the maintenance records cannot tell us whether any particular result is a false positive. As Ms. Blake, a Forensic Alcohol Specialist, testified: “[A]lthough maintenance records should be kept they cannot be used to determine whether an error has or will occur on any given test or at any given time” (A.R. (Gubbins), p. 98, at para. 35). Even if there is a real, and not merely speculative, risk that the instruments may malfunction, the evidence in this case is that such errors would be discernible

allégué, de rendre non pertinente la production des dossiers » : par. 4 (CanLII). Cela donne à penser que, d’après les cours d’appel, l’arrêt *St-Onge Lamoureux* n’a pas tranché de manière concluante la question de la pertinence, car elles ont réclamé plus d’éléments de preuve sur ce point. Comme je l’ai mentionné précédemment, je donne la même interprétation à cet arrêt.

[47] La preuve d’expert produite en l’espèce étaye le point de vue selon lequel les registres d’entretien ne sont pas pertinents relativement à la fiabilité des alcootests approuvés. Ainsi qu’il est précisé au par. 4 ci-dessus, les alcootests sont soumis à une série de contrôles internes et externes. Les relevés manifestement pertinents quant au fonctionnement de l’alcootest sont ceux établis au moment des analyses effectuées par l’appareil. La présomption légale d’exactitude se rapporte aux résultats particuliers générés par l’appareil à ce moment-là. La seule question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si les machines fonctionnaient bien lors de l’alcootest — et pas avant ni après. Les relevés établis au moment des analyses répondent directement à cette question. Mais, d’après la preuve d’expert, tel n’est pas le cas des registres d’entretien.

[48] Les appareils sont conçus de manière à produire un « message d’erreur » en cas de mauvais fonctionnement. En effet, un tel message montre que les machines sont fiables — et non pas l’inverse — en ce sens qu’elles font état, le cas échéant, de leur mauvais fonctionnement. Le spectre qui plane au-dessus de la présente affaire est la possibilité d’obtenir des faux positifs. Autrement dit, se pourrait-il que les machines fonctionnent mal, alors qu’elles paraissent fonctionner correctement en ce sens qu’elles ont subi avec succès tous les contrôles internes et externes? Je partage l’avis du juge Slatter quant au fait que cela est fort peu probable. Et, en tout état de cause, les registres d’entretien ne peuvent pas nous dire si un résultat donné est un faux positif. Ainsi que M<sup>me</sup> Blake, spécialiste judiciaire en matière d’alcool, l’a indiqué dans son témoignage : [TRADUCTION] « [b]ien qu’il y a lieu de tenir des registres d’entretien, ceux-ci ne sauraient être utilisés pour déterminer si une défaillance s’est produite ou se produira

as a result of the controls built into the instruments themselves.

[49] The appellants suggest that Ms. Blake’s evidence should be rejected, as it was by the trial judge in *Gubbins*. In drawing this conclusion, the trial judge relied on the fact that conflicting expert evidence was introduced in other cases, including *Sutton* and *R. v. Lam*, 2014 ONCJ 247. The trial judge cited *Sutton* for the proposition that “instinct and intuition” led her to believe that the maintenance records may be relevant: para. 44. To the extent that the trial judge in *Gubbins* relied on evidence not before her to assess the accuracy of the expert’s opinion, this was an error. It is also an error to rely on “instinct and intuition” in the face of unequivocal expert evidence to the contrary, *a fortiori* where one is dealing with a technical or scientific question. The existence of maintenance records and the fact that the instrument underwent maintenance from time to time is not sufficient to justify the disclosure. This is even more apparent when one considers the sweep and scope of the records sought in these cases. Can the fact that an instrument was sent for annual maintenance a decade earlier be relevant to its functioning on a particular occasion on which it passed all of the required internal and external checks? The answer, logically and analytically (rather than instinctively and intuitively), must be no.

[50] My colleague suggests that expert evidence would only have to be called by the defence after disclosure, since *St-Onge Lamoureux* establishes the relevance of these records: paras. 69 and 84. I would respectfully disagree. While the maintenance records are certainly *relevant* to whether the instrument was properly maintained, the expert evidence is that the

lors d’un test ou à n’importe quel autre moment donné » (d.a. (Gubbins), p. 98, par. 35). Même s’il existe un risque réel, et non pas simplement conjectural, que les appareils fonctionnent mal, la preuve produite en l’espèce démontre qu’on peut déceler de telles défaillances en raison des contrôles dont sont dotés les appareils eux-mêmes.

[49] Les appelants affirment que le témoignage de M<sup>me</sup> Blake devrait être rejeté, comme il l’a été par la juge du procès dans l’affaire *Gubbins*. Pour parvenir à cette conclusion, la juge du procès s’est fondée sur le fait que des témoignages d’expert contradictoires avaient été présentés dans d’autres affaires, dont *Sutton* et *R. c. Lam*, 2014 ONCJ 247. La juge du procès a cité la décision *Sutton* à l’appui de la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « l’instinct et l’intuition » l’avaient amenée à conclure que les registres d’entretien pouvaient être pertinents : par. 44. Étant donné que la juge du procès dans l’affaire *Gubbins* s’est appuyée sur des éléments de preuve qui ne lui ont pas été présentés pour évaluer l’exactitude de l’avis d’un témoin expert, elle a commis une erreur. Elle s’est également trompée en s’en remettant à l’« instinct et à l’intuition » pour tirer sa conclusion, malgré les éléments de preuve d’expert non équivoques à l’effet contraire, à plus forte raison lorsqu’il s’agit d’une question technique ou scientifique. L’existence des registres d’entretien et le fait que l’appareil ait pu faire l’objet de travaux d’entretien de temps en temps ne sont pas suffisants pour justifier la communication. Cela est d’autant plus évident si l’on considère la portée et l’étendue des documents demandés en l’espèce. Le fait qu’un appareil ait été l’objet d’un entretien annuel 10 ans plus tôt peut-il avoir quelque pertinence quant à son fonctionnement à un moment précis, où il a par ailleurs été soumis avec succès à toutes les vérifications internes et externes? La réponse à cette question, tant d’un point de vue logique qu’analytique (plutôt qu’instinctif et intuitif), doit être négative.

[50] Ma collègue laisse entendre que la défense aurait à appeler un témoin expert à la barre seulement après la communication de la preuve, car l’arrêt *St-Onge Lamoureux* établit la pertinence des registres en question (par. 69 et 84). Soit dit en tout respect, je ne suis pas de cet avis. Bien que les registres d’entretien soient assurément *pertinents* pour savoir si l’appareil

maintenance of the instrument on a given day is not *material* to the instrument's functioning or proper operation at the time of testing. Thus, the requested records are not obviously relevant to a material issue in the present case.

[51] Defence counsel for Mr. Vallentgoed argued that they did not have an opportunity to cross-examine Ms. Blake on her affidavit evidence, so her evidence should not be accepted. However, the trial judge and the summary conviction appeal judge both noted that it is not accurate that the defence had no opportunity to cross-examine Ms. Blake. Rather they chose not to delay the proceedings in order to do so, given their client's license suspension. That was the choice made by defence counsel.

### (3) Conclusion

[52] From the foregoing, I conclude that the requested records are not part of first party disclosure. They are not in the possession or control of the prosecuting Crown. They do not form part of the fruits of the investigation; and the evidence in this case is that the maintenance records are not obviously relevant to the cases of the accused Mr. Gubbins and Mr. Vallentgoed. It follows that the standard to be met is that set out in *O'Connor*; the maintenance records are subject to the third party disclosure regime.

[53] This conclusion is consistent with the purpose of the overall disclosure regime, which is to provide the accused with relevant information while preventing fishing expeditions and other dilatory requests for information. The companion case to this appeal, *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87, originally involved a defence request for 50 additional pieces of disclosure. My colleague's reasons do little to address these problems. The implication of this would be that fishing expeditions would continue.

a été bien entretenu, la preuve d'expert révèle que l'entretien de l'appareil un jour donné n'a pas de *rapport* avec son fonctionnement ou son utilisation correcte au moment de l'alcootest. Ainsi, les documents demandés ne sont pas manifestement pertinents à l'égard d'une question importante en l'espèce.

[51] Les avocats de la défense représentant M. Vallentgoed ont fait valoir qu'ils n'avaient pas eu la possibilité de contre-interroger M<sup>me</sup> Blake au sujet de son témoignage par affidavit, si bien que celui-ci ne devrait pas être admis. Toutefois, la juge du procès et la juge d'appel des poursuites sommaires ont toutes les deux souligné qu'il était inexact d'affirmer que la défense ne s'était pas vu offrir la possibilité de contre-interroger M<sup>me</sup> Blake. Les avocats de la défense avaient plutôt choisi de ne pas retarder la procédure à une telle fin, compte tenu de la suspension du permis de leur client. Ce sont les avocats de la défense qui en ont décidé ainsi.

### (3) Conclusion

[52] À la lumière de ce qui précède, je conclus que les documents demandés ne font pas partie de ceux à communiquer par la partie principale. Non seulement ne se trouvent-ils pas en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, mais ils ne font pas partie des fruits de l'enquête. Il ressort également de la preuve en l'espèce que les registres d'entretien ne sont pas manifestement pertinents pour les poursuites engagées contre les accusés MM. Gubbins et Vallentgoed. Il s'ensuit que la norme applicable dans les présents pourvois est celle établie dans l'arrêt *O'Connor*; par conséquent, les registres d'entretien sont soumis au régime de communication des renseignements en la possession de tiers.

[53] Cette conclusion cadre avec l'objet du régime général de communication de la preuve, qui consiste à fournir à l'accusé des renseignements pertinents tout en empêchant les recherches à l'aveuglette d'éléments de preuve et autres demandes d'information dilatoires. Le pourvoi connexe, *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87, portait à l'origine sur une demande de communication présentée par la défense en vue d'obtenir 50 documents additionnels. Les motifs de ma collègue n'aident guère à résoudre ces problèmes. En

In many other cases, the accused has obtained a stay of proceedings on the basis of the Crown's refusal to disclose maintenance records, even though the accused blew "over 80" and the breathalyzer instrument did not register a fail. Such a result fails to respect the intention of Parliament to create a statutory presumption of accuracy in the instruments.

### C. *Applying the O'Connor Standard*

[54] Having determined that the applicable regime is that set out in *O'Connor*, the question now is whether the maintenance records have been shown to be likely relevant in this case. Based on the evidence before the courts below, the answer is no.

[55] It is worth noting that the expert evidence in both *Vallentgoed* and *Gubbins* was presented only by the Crown. Its expert evidence was not countered by any defence expert. I would note the following statement in *St-Onge Lamoureux*, at para. 47:

The limits that flow from the requirement have a significant effect on the defences available to the accused, as it is now more difficult to rebut the presumptions. The evidence to be adduced is more complex. The accused must retain a technician or an expert to determine whether the instrument malfunctioned or was operated improperly. It is impossible for a layperson to do this. However, it should be borne in mind that the *Carter* defence also required the accused to retain an expert.<sup>3</sup> [Emphasis added.]

<sup>3</sup> The *Carter* defence is the name of the defence that was commonly used to challenge driving "over 80" charges before the statutory amendments that introduced s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*. The effect of these amendments was to preclude the defence from using evidence of alcohol consumption, combined with an expert opinion on the effect this would have on the accused's blood alcohol level, as a way to challenge the reliability of the breathalyzer test results. The introduction of s. 258(1)(c) created a presumption of accuracy.

conséquence, les recherches à l'aveuglette se poursuivraient. Dans bien d'autres affaires, l'accusé a obtenu un arrêt des procédures fondé sur le refus du ministère public de communiquer les registres d'entretien, même si l'alcoolémie de l'accusé dépassait 80 mg par 100 ml de sang, et que l'alcootest n'avait pas affiché de message d'erreur. Un tel résultat ne respecte pas l'intention du législateur de créer une présomption légale d'exactitude concernant les appareils.

### C. *L'application de la norme définie dans l'arrêt O'Connor*

[54] Ayant conclu que le régime applicable en l'espèce est celui établi dans l'arrêt *O'Connor*, je me dois maintenant d'examiner la question de savoir si la pertinence probable des registres d'entretien a été démontrée en l'espèce. Sur la foi de la preuve présentée devant les tribunaux d'instance inférieure, la réponse est non.

[55] Il convient de souligner que, tant dans l'affaire *Vallentgoed* que dans l'affaire *Gubbins*, la preuve d'expert a été présentée uniquement par le ministère public. Sa preuve d'expert n'a été contredite par aucun témoin expert de la défense. Je tiens à reproduire, ici, la déclaration suivante faite dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, par. 47 :

L'effet des limites résultant de cette exigence sur les moyens de défense ouverts à la personne accusée est important. La réfutation des présomptions s'en trouve plus difficile. La complexité de la preuve est augmentée. La personne accusée doit faire appel à un technicien ou à un expert pour examiner le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil. Ces notions ne sont pas à la portée du profane. Toutefois, il faut souligner qu'une défense de type *Carter* impliquait elle aussi que la personne accusée retienne les services d'un expert<sup>3</sup>. [Je souligne.]

<sup>3</sup> La défense de type *Carter* désigne le moyen de défense qui, avant l'avènement des modifications législatives ayant introduit l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, était couramment utilisé pour contester les accusations de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ». Ces modifications ont eu pour conséquence d'empêcher la défense de se servir d'éléments de preuve relatifs à la consommation d'alcool, combinés à une opinion d'expert concernant l'effet de cette consommation sur l'alcoolémie de l'accusé, comme moyen de contester la fiabilité des résultats de l'alcootest. L'adoption de l'al. 258(1)c) a eu pour effet de créer une présomption d'exactitude.

[56] And at para. 57:

The scheme that has existed since the statutory amendments came into force is designed to require the prosecution to adduce technical evidence to counter an attempt to rebut the presumption of accuracy . . . . An accused who produces evidence to rebut one of these presumptions will do so by calling an expert, and the prosecution will have to call a technician, and possibly an expert. [Emphasis added.]

[57] The majority of this Court contemplated in *St-Onge Lamoureux* that rebutting the statutory presumption of accuracy in s. 258(1)(c) would likely require expert evidence. No such evidence was put forward in this case. Neither accused attempted to provide an expert opinion on how maintenance records might be relevant to the key material issue in this case: determining whether an instrument was malfunctioning or operated improperly. In the absence of any such evidence, the expert evidence of the Crown is persuasive that the maintenance records are not relevant. By its nature, this is a technical and scientific question, not a matter of doctrine. If in some future proceeding an accused leads persuasive evidence that maintenance records are likely relevant, then disclosure may be ordered.

[58] One final argument raised by the accused should be addressed. My conclusion that the maintenance records are subject to third party disclosure does not put the constitutionality of s. 258(1)(c) in jeopardy, as my colleague argues. As indicated in *St-Onge Lamoureux*, a defence is not illusory simply because accused persons will rarely succeed in raising a reasonable doubt by using it: para 79. There are records that are obviously relevant to the malfunctioning of the instrument — the “time-of-test” records. These, along with testimony from the technician or the officer involved, are evidence that the accused may use to rebut the presumption of accuracy. As well, as indicated above, maintenance

[56] Plus loin dans l’arrêt, la Cour précise également (au par. 57) :

Or, depuis les modifications législatives, la façon dont le régime est maintenant conçu oblige la poursuite à présenter une preuve technique pour repousser une attaque contre la présomption d’exactitude [. . .] En effet, si la personne accusée a présenté une telle preuve contraire, elle l’aura fait à l’aide d’un expert et la poursuite aura dû faire appel à un technicien et, possiblement, à un expert. [Je souligne.]

[57] Dans l’arrêt *St-Onge Lamoureux*, les juges majoritaires de la Cour ont estimé que pour repousser la présomption d’exactitude de l’al. 258(1)c), une preuve d’expert serait vraisemblablement nécessaire. Or, aucune preuve de ce genre n’a été produite en l’espèce. Les accusés n’ont pas non plus tenté de fournir un avis d’expert qui indiquerait en quoi les registres d’entretien pourraient s’avérer pertinents pour trancher la question déterminante en l’espèce : déterminer si un appareil a mal fonctionné ou a été incorrectement utilisé. Faute de tels éléments probants, la preuve d’expert produite par le ministère public démontre de façon convaincante que les registres d’entretien sont dénués de pertinence. Il s’agit là d’une question qui, de par sa nature, est d’ordre technique et scientifique; elle ne relève pas de la doctrine. Advenant que, dans le cadre d’une future instance, l’accusé produise une preuve convaincante démontrant que les registres d’entretien sont vraisemblablement pertinents, la communication de ceux-ci pourrait être ordonnée.

[58] Je me dois de traiter d’un dernier argument avancé par l’accusé. Ma conclusion selon laquelle les registres d’entretien sont soumis au régime de communication de renseignements en la possession de tiers ne met pas en péril la constitutionnalité de l’al. 258(1)c), comme le soutient ma collègue. Ainsi qu’il a déjà été précisé dans l’arrêt *St-Onge Lamoureux*, un moyen de défense n’est pas illusoire simplement parce que les accusés parviennent rarement à soulever un doute raisonnable lorsqu’ils l’invoquent : par. 79. Certains documents sont manifestement pertinents quant au mauvais fonctionnement de l’appareil, à savoir les relevés établis au moment des analyses. Ces documents, de même que

records may be available to the defence, where it can show that such records are likely relevant to a material issue in the case. The majority of this Court in *St-Onge Lamoureux* was aware of the possibility that such records might be obtained by way of an *O'Connor* application (*St-Onge Lamoureux*, at para. 78). This did not affect the constitutionality of the provision.

## VI. Conclusion

[59] In *Vallentgoed*, the trial judge did not err when he held that the records sought were subject to third party disclosure, and that the threshold of likely relevance was not met. I would affirm Mr. Vallentgoed's conviction. In *Gubbins*, the trial judge erred in granting a stay. I would dismiss the appeal and remit the matter for a new trial.

[60] I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

[61] CÔTÉ J. (dissenting) — While I accept my colleague Rowe J.'s statement of the law as it pertains to the two disclosure regimes set out by this Court in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, I disagree on its application.

[62] I am of the view that maintenance records are obviously relevant to rebutting the statutory presumption of accuracy established by s. 258 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The maintenance of approved instruments was central to this Court's reasoning in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, in which the constitutionality of this provision was upheld. To conclude

les témoignages du technicien ou du policier chargé de l'enquête, sont des éléments de preuve que l'accusé peut utiliser afin de repousser la présomption d'exactitude. De plus, comme je l'ai déjà mentionné, les registres d'entretien peuvent être communiqués à la défense si elle est en mesure de démontrer qu'ils sont probablement pertinents à l'égard d'une question importante pour l'issue de l'affaire. Dans *St-Onge Lamoureux*, la majorité de la Cour était au fait de la possibilité d'obtenir ces documents au moyen d'une demande de type *O'Connor* (*St-Onge Lamoureux*, par. 78). Cela n'a eu aucune incidence sur la constitutionnalité de la disposition.

## VI. Conclusion

[59] Dans l'affaire *Vallentgoed*, le juge du procès n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a décidé que les dossiers demandés étaient soumis au régime de communication des dossiers en la possession de tiers, et qu'il n'avait pas été satisfait au critère de la pertinence probable. Je confirmerais donc la déclaration de culpabilité de M. Vallentgoed. Dans l'affaire *Gubbins*, le juge du procès a commis une erreur en ordonnant l'arrêt des procédures. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[60] Je rejetterais les pourvois.

Version française des motifs rendus par

[61] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Bien que je souscrive à l'énoncé du droit de mon collègue le juge Rowe au sujet des deux régimes de communication de la preuve établis par la Cour dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, je suis en désaccord quant à son application.

[62] J'estime que les registres d'entretien sont manifestement pertinents pour réfuter la présomption d'exactitude établie par l'art. 258 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L'entretien des alcootests approuvés était au cœur du raisonnement adopté dans *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, où la Cour a confirmé la constitutionnalité de cette disposition. Conclure qu'on ne peut

that maintenance records are not available under first party disclosure would upset the delicate balance struck by this Court in determining that the infringement of the right to be presumed innocent until proven guilty guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was justified. Since such records are obviously relevant, they are subject to first party disclosure. In my view, this ensures that the defence has a minimum evidentiary basis upon which it may attempt to establish that an instrument was malfunctioning. This opportunity is guaranteed by the *Criminal Code* and underlies the majority of this Court's reasons in *St-Onge Lamoureux*.

[63] My analysis will proceed as follows. I will begin by providing an overview of *St-Onge Lamoureux*. While I recognize that the main issue in that appeal did not pertain to the disclosure of records, I will show that the Court's reasoning is highly relevant to the matter before us. In my view, central to this Court's decision upholding the constitutionality of the provisions at issue in that case was the assumption that an approved instrument's maintenance history was relevant to rebutting the presumption that it produced accurate results. I will continue by comparing the submissions and evidentiary record before the Court in *St-Onge Lamoureux* and in the present appeal. Though this Court in *St-Onge Lamoureux* did not have the benefit of the updated position of the Alcohol Test Committee ("ATC"), on which the respondent now relies, it did have before it the *substance* of that position. Even so, the majority's justificatory analysis assumed the relevance and availability of maintenance records. My colleague's approach, which requires the defence to request maintenance records by way of an *O'Connor* application, risks making the possibility of raising a doubt as to an approved device's functioning illusory. This approach is contrary to Parliament's intent and, in my view, upsets the balance achieved in *St-Onge Lamoureux*.

avoir accès aux registres d'entretien en tant que renseignements visés par l'obligation de communication qui incombe à la partie poursuivante (ou « partie principale ») romprait l'équilibre fragile qu'a établi la Cour lorsqu'elle a décidé que l'atteinte au droit d'être présumé innocent jusqu'à preuve du contraire garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* se justifiait. Parce qu'ils sont manifestement pertinents, ces registres sont assujettis au régime de communication par la partie poursuivante. À mon avis, cette obligation garantit que la défense dispose d'une preuve minimale qui lui permet de tenter d'établir qu'un appareil fonctionnait mal. Cette possibilité est garantie par le *Code criminel* et sous-tend le raisonnement des juges majoritaires de la Cour dans *St-Onge Lamoureux*.

[63] J'exposerai mon analyse de la façon suivante. Tout d'abord, je donnerai un aperçu de l'arrêt *St-Onge Lamoureux*. Je reconnais que la principale question en litige dans cette affaire n'avait pas trait à la communication de dossiers, mais je démontrerai que le raisonnement de la Cour est extrêmement important quant à la question dont nous sommes saisis. Selon moi, le postulat que l'historique d'entretien d'un alcootest approuvé est pertinent pour réfuter la présomption d'exactitude de ses résultats constituait un élément central de la décision de la Cour de confirmer la constitutionnalité des dispositions en litige dans cette affaire. Je poursuivrai en comparant les arguments et la preuve dont disposait la Cour dans *St-Onge Lamoureux*, et ceux qui ont été présentés en l'espèce. Bien que, dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour n'avait pas connaissance de la position mise à jour du Comité des analyses d'alcool (« CAA ») qu'invoque aujourd'hui l'intimée, elle disposait de la *teneur* de cette position. Les juges majoritaires ont néanmoins tenu pour acquises la pertinence et la disponibilité des registres d'entretien dans leur analyse de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'approche de mon collègue, laquelle oblige la défense à réclamer les registres d'entretien au moyen d'une demande de type *O'Connor*, risque de rendre illusoire la possibilité de soulever un doute quant au fonctionnement d'un alcootest approuvé. Cette approche est contraire à l'intention du législateur et elle me semble rompre l'équilibre établi dans *St-Onge Lamoureux*.

## I. Analysis

[64] In *St-Onge Lamoureux*, this Court considered the constitutionality of certain provisions of the scheme applicable to prosecutions for driving with a blood alcohol level over the legal limit. The challenge related to s. 258 of the *Criminal Code*, which establishes presumptions of accuracy and identity for the results of breath alcohol testing, and, more particularly, to the constitutionality of the amendments limiting the type of evidence that could be adduced to rebut these statutory presumptions. Before going further, I note that the disclosure requested in this appeal is meant to aid the defence in rebutting the presumption of accuracy. According to these amendments, in order to succeed in rebutting the presumption of accuracy, the defence was required to produce evidence tending to (1) raise a doubt that an instrument was functioning or was operated properly, (2) show that the malfunction or improper operation of the instrument resulted in the determination that the accused's blood alcohol level exceeded the legal limit, and (3) show that the accused's blood alcohol level would not in fact have exceeded that limit at the time when the offence was alleged to have been committed (*St-Onge Lamoureux*, at para. 17).

[65] The Court's decision, which affirmed in part the constitutionality of this scheme, was largely predicated on striking a balance between Parliament's pressing and substantial objective — giving breath alcohol testing results a weight consistent with their scientific value — and the minimal impairment of the accused's rights.

[66] The Court began by considering whether the three requirements were consistent with the right to be presumed innocent. It relied on expert evidence to the effect that “the possibility of an instrument malfunctioning or being used improperly when breath samples are taken is not merely speculative, but is very real” and that “the calibration and maintenance of instruments are essential “to the integrity of the breath test program”” (para. 25). The Crown had been unable to demonstrate that “the rate of failure attributable to improper maintenance or operation is insignificant” (para. 27). In light of these findings,

## I. Analyse

[64] Dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour s'est penchée sur la constitutionnalité de certaines dispositions du régime applicable aux poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. La contestation portait sur l'art. 258 du *Code criminel*, qui établit les présomptions d'exactitude et d'identité pour les résultats des alcootests et, plus particulièrement, la constitutionnalité des modifications qui restreignent le type de preuve pouvant être présentée pour réfuter ces présomptions légales. Avant d'aller plus loin, je signale que les documents demandés en l'espèce ont pour objet d'aider la défense à réfuter la présomption d'exactitude. D'après ces modifications, pour arriver à réfuter la présomption d'exactitude, la défense devait produire une preuve tendant (1) à soulever un doute quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'appareil, (2) à démontrer qu'en raison du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'appareil, l'alcootest a indiqué que l'alcoolémie de l'accusé était supérieure à la limite légale, et (3) à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé n'aurait pas en fait dépassé cette limite au moment où l'infraction aurait été commise (*St-Onge Lamoureux*, par. 17).

[65] La décision de la Cour, qui a confirmé en partie la constitutionnalité du régime en question, reposait en grande partie sur l'établissement d'un équilibre entre l'objectif urgent et réel du législateur — à savoir conférer aux résultats des alcootests un poids compatible avec leur valeur scientifique — et l'atteinte minimale aux droits de l'accusé.

[66] La Cour s'est d'abord demandé si les trois conditions respectaient le droit d'être présumé innocent. Elle s'est appuyée sur une preuve d'expert selon laquelle « la possibilité de mauvais fonctionnement ou de mauvaise utilisation de l'appareil lors de la prise d'échantillons d'haleine n'est pas fondée sur de simples conjectures, mais est bien réelle » et « l'étalonnage et l'entretien des appareils sont essentiels “afin de garantir l'intégrité du programme d'analyse de l'alcool dans l'haleine” » (par. 25). Le ministère public n'était pas parvenu à démontrer que « le taux de défaillance attribuable à

the Court was of the view that a trier of fact could entertain a reasonable doubt about the validity of test results but “nevertheless remain bound by the statutory presumptions” and “be required to convict the accused unless the accused rebuts those presumptions in accordance with the [statutory] requirements” (para. 27). On this basis, the Court found that s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) infringed s. 11(d) of the *Charter*.

[67] The Court then turned to the important question of whether the infringement was justified. It framed its analysis by expressly stating that “the means available to the accused to rebut the presumption” (para. 30 (emphasis added)) and, more particularly, “whether it is possible, and how easy it is, for the accused to rebut the presumption” (para. 31 (emphasis added)) were relevant to its determination at this stage. In other words, the Court’s primary concern was ensuring that accused persons retained a viable means of rebutting the statutory presumptions in spite of the limits imposed on the evidence that could be adduced for that purpose.

[68] In light of the “ample” proof of the reliability of approved instruments (para. 35), the Court acknowledged the pressing and substantial objective of giving their results a weight consistent with their scientific value (para. 36). That being said, the Court found only the first requirement of s. 258(1)(c) (evidence of the malfunction or improper operation of the instrument) to be justified. The Court struck down the second and third requirements on the basis that the second imposed an “excessive burden” on the accused (para. 56) and that the third was not rationally connected with Parliament’s objective (para. 62).

[69] In upholding the first requirement, the Court considered both the means available to the accused to rebut the presumption of accuracy and how difficult it was for the accused to do so. First, the provisions did not make it impossible for an accused to disprove the test results. This could be accomplished

un mauvais entretien ou à une utilisation incorrecte [était] négligeable » (par. 27). Vu ces conclusions, la Cour a estimé que le juge des faits pourrait entretenir un doute raisonnable quant à la validité des résultats d’analyse mais qu’il « demeure néanmoins tenu par les présomptions légales et devra prononcer une déclaration de culpabilité, à moins que la personne accusée ne repousse ces présomptions conformément aux exigences [légales] » (par. 27). La Cour a jugé sur cette base que les al. 258(1)(c) et 258(1)(d.01) portaient atteinte à l’al. 11(d) de la *Charte*.

[67] La Cour est ensuite passée à la question importante de savoir si l’atteinte était justifiée. Elle a circonscrit son analyse en mentionnant expressément que « les moyens dont dispose la personne accusée pour réfuter la présomption » (par. 30 (je souligne)) et, plus précisément, « la possibilité pour la personne accusée et la facilité avec laquelle elle peut le faire » (par. 31 (je souligne)) étaient pertinents pour trancher cette question à ce stade. Autrement dit, la Cour avait pour souci principal de voir à ce que les accusés conservent un moyen viable de réfuter les présomptions légales en dépit des limites imposées à la preuve qui pourrait être présentée à cette fin.

[68] Puisque la fiabilité des alcootests approuvés a été « amplement » établie (par. 35), la Cour a reconnu l’objectif urgent et réel de conférer à leurs résultats un poids compatible avec leur valeur scientifique (par. 36). En revanche, elle a conclu que seule la première condition de l’al. 258(1)(c) (preuve du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’appareil) était justifiée. La Cour a invalidé les deuxième et troisième conditions parce que la deuxième imposait un « fardeau excessif » à l’accusé (par. 56) et que la troisième n’avait pas de lien rationnel avec l’objectif du législateur (par. 62).

[69] En confirmant la validité de la première condition, la Cour a examiné à la fois les moyens dont dispose l’accusé pour réfuter la présomption d’exactitude et la difficulté avec laquelle l’accusé peut y parvenir. Premièrement, les dispositions n’empêchent pas complètement l’accusé de réfuter les

by raising deficiencies in either the operation *or the maintenance* of an instrument:

It should also be mentioned that the new provisions do not make it impossible to disprove the test results. Rather, Parliament has recognized that the results will be reliable only if the instruments are operated and maintained properly, and that there might be deficiencies in the maintenance of the instruments or in the test process. What the new provisions require is that evidence tending to cast doubt on the reliability of the results relate directly to such deficiencies. [Emphasis added; para. 41.]

In addition to finding that the accused could rebut the presumption by identifying deficiencies in an instrument's maintenance, the Court assumed that information permitting the accused to raise such a concern would be readily available to him or her. It found that, "in light of the evidence accepted by the trial judge, there are several pieces of evidence that can be provided" to the accused (para. 42) and that though the accused "must retain a technician or an expert to determine whether the instrument malfunctioned or was operated improperly" (para. 47 (emphasis added)), "[t]he prosecution must of course disclose certain information concerning the maintenance and operation of the instrument" (para. 48 (emphasis added)). In my view, the only possible reading of these passages is that the Court considered maintenance records to be included in the Crown's disclosure obligation *without* the defence needing to put forward expert evidence to that effect. It seems to me that the Court considered such expert evidence to be required *only* to address the substantive issue of whether the instrument malfunctioned or was operated improperly.

[70] Having concluded on this basis that only the first requirement imposed a justified limit on s. 11(d) of the *Charter*, the Court went on to consider the validity of that requirement in relation to the right to make full answer and defence guaranteed by s. 7 of the *Charter*. Notably, the defence argued that the new provisions created a defence that was so difficult to attain as to be practically illusory (para. 77).

résultats des analyses. Il peut y parvenir en signalant des défaillances soit dans le fonctionnement d'un appareil, *soit dans son entretien* :

Par ailleurs, il convient de souligner que les nouvelles dispositions n'ont pas pour effet de rendre irréfutables les résultats des analyses. Elles reconnaissent plutôt que les résultats ne seront fiables que dans la mesure où les appareils sont bien utilisés et bien entretenus, et que des défaillances peuvent survenir dans l'entretien ou le processus d'analyse. Ce que les nouvelles dispositions exigent, c'est que la preuve tendant à remettre en question la fiabilité des résultats porte directement sur de telles défaillances. [Je souligne; par. 41.]

En plus de conclure que l'accusé peut repousser la présomption en relevant des défaillances dans l'entretien d'un appareil, la Cour a également tenu pour acquis que l'accusé pourrait aisément obtenir les renseignements qui lui permettent d'exprimer pareille préoccupation. Elle a conclu que, « suivant la preuve retenue par le juge de première instance, [. . .] plusieurs éléments de preuve peuvent être transmis » à l'accusé (par. 42); et même si l'accusé « doit faire appel à un technicien ou à un expert pour examiner le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil » (par. 47 (je souligne)), « [la poursuite] devra certes donner accès à certaines informations concernant l'entretien et la manipulation de l'appareil » (par. 48 (je souligne)). Selon moi, la seule interprétation possible de ces passages est que la Cour a considéré que les registres d'entretien relèvent de l'obligation de communication incombant au ministère public *sans* que la défense n'ait à produire une preuve d'expert à cet effet. Il me semble que la Cour a jugé que cette preuve d'expert est nécessaire *uniquement* pour traiter de la question de fond consistant à savoir si l'appareil a mal fonctionné ou a été utilisé incorrectement.

[70] Ayant conclu pour ce motif que seule la première condition imposait une limite justifiée à l'al. 11(d) de la *Charte*, la Cour a procédé à l'étude de la validité de cette condition relativement au droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Notamment, la défense a plaidé que les nouvelles dispositions créaient un moyen de défense si difficile à faire valoir que celui-ci est pratiquement

The Court rejected this argument. It found that the requirement did not limit the evidence that could be used to establish a deficiency in the functioning or operation of the instrument and that “[t]he accused can request the disclosure of any relevant evidence that is reasonably available in order to be able to present a real defence” (para. 78). It is noteworthy that, when it made this statement, the Court had already stated that the prosecution “must of course” disclose certain information concerning the maintenance of approved instruments (para. 48), which it reaffirmed in disposing of the s. 7 argument by indicating that the accused might rely “on a maintenance log that shows that the instrument was not maintained properly” (para. 78).

[71] I agree with what Rowbotham J.A., dissenting, states at para. 101 of her reasons: “In light of Deschamps J.’s analysis, it cannot be said that the discussion of the relevance of maintenance records [in *St-Onge Lamoureux*] was peripheral to the court’s conclusion” (C.A. reasons, 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85). In my view, the Court’s reasoning in *St-Onge Lamoureux* was dependent in large part on two assumptions: (1) that one means available to the accused to raise a doubt as to the functioning of an instrument was by raising deficiencies in its maintenance; and (2) that the evidentiary basis for such a defence would be readily available to the accused. As I explain below, this is confirmed by an examination of the record and the submissions before the Court in *St-Onge Lamoureux*.

[72] Importantly, these assumptions emerged from an extensive evidentiary record. As noted at para. 35 of *St-Onge Lamoureux*, the parties to the appeal had consented to the filing of the evidence adduced in *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, a case heard by Judge Chapdelaine, who also presided over the trial of Ms. St-Onge Lamoureux. In *Drolet*, the Attorney General of Quebec and the interveners, the Barreau du Québec and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense, had each filed extensive expert evidence pertaining to the functioning

illusoire (par. 77). La Cour a rejeté cet argument. En effet, elle a jugé que cette exigence ne restreignait pas la preuve susceptible d’être utilisée pour établir une défaillance dans le fonctionnement ou l’utilisation de l’appareil, et que « les personnes accusées peuvent demander communication des éléments pertinents qui sont raisonnablement disponibles pour leur permettre de faire valoir une défense réelle » (par. 78). Il convient de souligner qu’au moment de faire cette affirmation, la Cour avait déjà dit que la poursuite « devra certes » donner accès à certaines informations concernant l’entretien des alcootests approuvés (par. 48), ce qu’elle a réaffirmé lorsqu’elle a écarté l’argument relatif à l’art. 7 en mentionnant que l’accusé pourrait se fonder « sur des relevés d’entretien de l’appareil révélant que celui-ci n’a pas été entretenu correctement » (par. 78).

[71] Je suis d’accord avec ce que dit la juge Rowbotham, dissidente, au par. 101 de ses motifs en Cour d’appel : [TRADUCTION] « Compte tenu de l’analyse de la juge Deschamps, on ne saurait affirmer que l’examen de la pertinence des registres d’entretien [dans *St-Onge Lamoureux*] était accessoire à la conclusion de la Cour » (motifs de la C.A., 2016 ABCA 358, 344 C.C.C. (3d) 85). Selon moi, le raisonnement adopté par la Cour dans *St-Onge Lamoureux* reposait en grande partie sur les deux postulats suivants : (1) l’accusé peut mettre en doute le fonctionnement de l’appareil notamment en invoquant des défaillances dans son entretien; (2) l’accusé aurait facilement accès à la preuve lui permettant de faire valoir cette défense. Comme je l’explique ci-dessous, c’est ce que confirme une étude du dossier et des arguments présentés à la Cour dans *St-Onge Lamoureux*.

[72] Fait important, ces postulats ont émergé de la preuve abondante présentée dans ce dossier. Tel qu’il est souligné au par. 35 de *St-Onge Lamoureux*, les parties à l’appel avaient consenti au dépôt de la preuve produite dans *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, une affaire instruite par le juge Chapdelaine, qui a également présidé le procès de M<sup>me</sup> St-Onge Lamoureux. Dans *Drolet*, le procureur général du Québec et les intervenants, le Barreau du Québec et l’Association québécoise des avocats et avocates de la défense, avaient tous déposé une preuve d’expert

and operation of approved instruments. The fact that the parties consented to the use of the expert evidence adduced in *Drolet* does not surprise me given how detailed and balanced it was.

[73] My colleague Rowe J. would depart from the assumptions underlying *St-Onge Lamoureux* on the basis that “[t]his Court [in *St-Onge Lamoureux*] did not have the benefit of the Alcohol Test Committee’s current position on the relevance of maintenance records to instrument reliability” (para. 44). I respectfully disagree.

[74] In 2009, the ATC published the “Recommended Standards and Procedures of the Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee” (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 1. This was the version of the recommended standards and procedures for alcohol testing that was before the Court when it decided *St-Onge Lamoureux*. It addressed the question of maintenance as follows:

Proper calibration and/or calibration check procedures are the primary means of assuring accuracy of the Approved Instrument, Approved Screening Device and accessory equipment at the time of use. Calibration of Approved Instruments shall be done with a wet-bath simulator. In addition to these calibrations and/or calibration checks, formal maintenance procedures are essential to the integrity of the breath test program. [p. 14]

The ATC continues to endorse this statement, on which the Court relied at para. 25 of *St-Onge Lamoureux*. As my colleague acknowledges (at para. 45), the ATC has only qualified this statement in its updated publication:

Proper calibration and/or calibration check procedures are the primary means of assuring accuracy of the Approved Instrument, Approved Screening Device and accessory equipment at the time of use. Calibration of Approved Instruments and Approved Screening Devices shall be done with an aqueous alcohol standard. In addition to these calibrations and/or calibration checks, formal maintenance

abondante au sujet du fonctionnement et de l’utilisation des alcootests approuvés. Le fait que les parties aient consenti à l’usage de la preuve d’expert produite dans *Drolet* ne me surprend pas, considérant à quel point elle était détaillée et équilibrée.

[73] Mon collègue le juge Rowe est d’avis de s’écarter des postulats qui sous-tendent l’arrêt *St-Onge Lamoureux* parce que « [d]ans l’affaire *St-Onge Lamoureux*, la Cour n’a pas pu prendre connaissance de la position actuelle du Comité des analyses d’alcool à l’égard de la pertinence des registres d’entretien pour ce qui est de la fiabilité des appareils » (par. 44). Avec égards, je ne suis pas d’accord.

[74] En 2009, le CAA a rendu publiques les « Normes et procédures recommandées par la Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool » (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 31. C’est la version des normes et procédures recommandées pour les analyses d’alcool dont disposait la Cour lorsque cette dernière a jugé l’affaire *St-Onge Lamoureux*. Ce document traitait ainsi de la question de l’entretien :

Des procédures appropriées d’étalonnage et/ou de vérification de l’étalonnage constituent des éléments de base pour assurer la précision des alcootests approuvés, des appareils de détection approuvés ainsi que des accessoires au moment de leur utilisation. L’étalonnage des alcootests approuvés doit s’effectuer avec un simulateur. En plus de ces étalonnages et/ou vérifications de l’étalonnage, des procédures d’entretien formelles sont essentielles afin de garantir l’intégrité du programme d’analyse de l’alcool dans l’haleine. [p. 45]

Le CAA fait toujours sien cet énoncé, sur lequel s’est appuyé la Cour au par. 25 de l’arrêt *St-Onge Lamoureux*. Comme le reconnaît mon collègue (au par. 45), le CAA n’a fait que nuancer cet énoncé dans sa publication mise à jour :

Des procédures appropriées d’étalonnage et/ou de vérification de l’étalonnage sont les éléments déterminants pour s’assurer de l’exactitude des Alcootests Approuvés, des Appareils de détection approuvés ainsi que des accessoires au moment de leur utilisation. L’étalonnage des Alcootests approuvés doit s’effectuer avec un alcool-type aqueux. En plus de ces étalonnages et/ou vérifications de l’étalonnage,

procedures are essential to the integrity of the breath test program. Records relating to periodic maintenance or inspections cannot address the working status of an Approved Instrument at the time of a breath test. The required quality control information which must be reviewed to assess the working order of an Approved Instrument is produced during the subject breath testing procedure. [Emphasis added.]

(Canadian Society of Forensic Science, “Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee Recommended Best Practices for a Breath Alcohol Testing Program” (2014), 47 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 179, at p. 187)

[75] Just as the courts subject experts to special scrutiny before allowing them to opine on the “ultimate issue” in a dispute (*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 25), so should this Court exercise caution, in this case, when considering the extent to which the ATC’s updated recommendations are determinative of the relevance of maintenance records, a question of law that is to be decided by the courts. Such caution is particularly warranted in light of the ATC’s composition, as explained by Judge Henderson in *R. v. Sutton*, 2013 ABPC 308, 59 M.V.R. (6th) 89:

I caution myself that the Alcohol Test Committee is not a truly independent body of scientific experts who offer purely objective opinions on topics relating to breath testing instruments. The Alcohol Test Committee is comprised of scientists who have direct connections with, and are employed by, policing services and Government Agencies. Five of the ten members of the Committee are employed by R.C.M.P. labs across the country. Four of the remaining five members are employed by Government agencies. [Emphasis added; para. 137.]

The fact that the expert opinion of a member of the ATC, Ms. Blake, is the *only* one before this Court in the present appeal, while the position of experts that may disagree with her on the relevance of maintenance records is notably absent from the record, is further cause for caution. I note that Ms. Blake and another witness tendered by the Crown have, in the

des procédures d’entretien bien établies sont essentielles afin d’assurer l’intégrité du programme d’analyse de l’alcool dans l’haleine. Les registres concernant l’entretien ou les inspections périodiques ne peuvent permettre de déterminer l’état de fonctionnement d’un Alcootest Approuvé lors des tests d’haleine. L’information sur le contrôle de qualité doit être examinée, afin d’évaluer le fonctionnement de l’Alcootest Approuvé qui est produite lors de la procédure des tests d’haleine sur le sujet. [Je souligne.]

(Société canadienne des sciences judiciaires, « Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool : Les bonnes pratiques d’analyse de l’alcool dans l’haleine » (2014), 47 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 189, p. 197)

[75] Tout comme les tribunaux examinent rigoureusement les témoignages des experts avant de leur permettre de se prononcer sur la « question fondamentale » en litige (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 25), la Cour devrait elle aussi faire preuve de prudence en l’espèce lorsqu’elle se demande dans quelle mesure les recommandations mises à jour du CAA sont déterminantes pour juger de la pertinence des registres d’entretien, une question de droit que doivent trancher les tribunaux. Cette mise en garde est d’autant plus justifiée compte tenu de la composition du CAA, comme l’explique le juge Henderson dans *R. c. Sutton*, 2013 ABPC 308, 59 M.V.R. (6th) 89 :

[TRADUCTION] Je garde à l’esprit que le Comité des analyses d’alcool n’est pas un organisme d’experts scientifiques véritablement indépendant qui exprime des opinions purement objectives sur des sujets relatifs aux alcootests. Ce comité se compose de scientifiques qui ont des liens directs avec des corps de police et des organismes gouvernementaux et qui sont à leur service. Cinq des dix membres du Comité travaillent pour les laboratoires de la GRC partout au pays. Quatre des cinq autres membres sont des employés d’organismes gouvernementaux. [Je souligne; par. 137.]

Le fait que l’avis d’expert donné par une membre du CAA, M<sup>me</sup> Blake, soit le *seul* soumis à la Cour en l’espèce, alors que la position d’experts susceptibles d’être en désaccord avec elle sur la pertinence des registres d’entretien brille par son absence dans le dossier, incite lui aussi à la prudence. Je souligne que M<sup>me</sup> Blake et un autre témoin appelé par le ministère

past, admitted that “not all experts agree with them on this issue” (*Sutton*, at para. 152).

[76] In my respectful view, such caution is not reflected in an approach that relies on the ATC’s updated recommendations to conclude that maintenance records are not relevant. In *St-Onge Lamoureux*, it was assumed on the basis of a fulsome evidentiary record that maintenance records were relevant to rebutting the presumptions at issue, and the impugned scheme’s constitutionality was confirmed on this basis. Aside from the updated statement from the ATC, which has not been shown to be the product of new scientific evidence of any kind, there is no new evidentiary basis in the present case for calling the Court’s assumptions in *St-Onge Lamoureux* into question. In light of this context, I remain unconvinced that the wisdom of our recent jurisprudence should be so easily swept away.

[77] Moreover, I am persuaded that although the ATC’s updated recommendations were not published until after *St-Onge Lamoureux* was decided, their substance, to the effect that only time-of-test controls are capable of showing that an instrument was malfunctioning, was considered by this Court and the lower courts in *St-Onge Lamoureux*. In *Drolet*, Judge Chapdelaine accepted the evidence of the Crown’s experts that “[i]n principle, the diagnosis and control procedures for [the] instruments ensure their proper functioning and the reliability of their results” (para. 79 (CanLII)). A similar expert opinion was put forward by Randy Prokopanko, himself a member of the ATC, before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs on February 20, 2008, when it was considering Bill C-2 (the *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6). Asked how an accused could discharge his or her burden of proving that an instrument had malfunctioned, Mr. Prokopanko stated: “. . . I have confidence not that it cannot malfunction, but if it does that that will show up in our test procedure and you will not have gotten to the point of accepting a breath sample”: *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 8, 2nd Sess., 39th Parl., February 20, 2008, at p. 8:75. I note that

public ont admis auparavant que [TRADUCTION] « certains experts ne s’entendent pas avec eux sur ce point » (*Sutton*, par. 152).

[76] À mon humble avis, ce n’est pas faire preuve d’une telle prudence que de se fonder sur les recommandations mises à jour du CAA pour conclure que les registres d’entretien ne sont pas pertinents. Dans *St-Onge Lamoureux*, il a été tenu pour acquis, sur la base d’une preuve exhaustive au dossier, que les registres d’entretien pouvaient servir à réfuter les présomptions en cause, et la constitutionnalité du régime attaqué a été confirmée sur cette base. À part cet énoncé mis à jour du CAA, dont on n’a pas démontré qu’il découlait d’une nouvelle preuve scientifique de quelque genre que ce soit, aucune nouvelle preuve n’a été produite en l’espèce pour remettre en question les hypothèses de la Cour dans *St-Onge Lamoureux*. Dans ce contexte, je ne suis toujours pas convaincue que la sagesse de notre jurisprudence récente devrait être écartée aussi aisément.

[77] En outre, je suis persuadée que, même si les recommandations mises à jour du CAA n’ont été rendues publiques qu’après que l’affaire *St-Onge Lamoureux* ait été jugée, leur teneur, suivant laquelle seuls des contrôles effectués au moment de l’alcooltest peuvent démontrer qu’un appareil fonctionnait mal, a été prise en considération par la Cour et les juridictions inférieures dans *St-Onge Lamoureux*. Dans *Drolet*, le juge Chapdelaine a retenu le témoignage des experts de la Couronne voulant qu’« [e]n principe, le diagnostic et les procédures de contrôle dont sont munis [les] appareils assurent leur bon fonctionnement et la fiabilité des résultats qu’ils produisent » (par. 79 (CanLII)). Un avis d’expert semblable a été exprimé le 20 février 2008 par Randy Prokopanko, lui-même un membre du CAA, devant le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles quand celui-ci a étudié le projet de loi C-2 (la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6). Questionné sur la manière dont l’accusé pourrait s’acquitter de son fardeau de prouver que l’appareil avait mal fonctionné, M. Prokopanko a répondu : « j’ai la certitude non pas que l’appareil peut ne pas fonctionner convenablement, mais que, si cela se produit, nous détecterons le problème lors de l’alcooltest sans qu’on se soit rendu à l’acceptation d’un échantillon

Mr. Prokopanko admitted before the Senate Committee that maintenance records should be disclosed to the accused. In *St-Onge Lamoureux*, a similar position was taken by the Attorney General of Quebec in oral submissions before this Court:

[TRANSLATION] But the cornerstone, what permits to determine whether the instrument is not functioning properly, is the control test; it's the test that determines this; it's the test that is the cornerstone and the guarantee we have that the instrument is functioning reliably. [Emphasis added.]

(*St-Onge Lamoureux*, transcript, at p. 12)

[78] In both *Drolet* and *St-Onge Lamoureux*, the relevance of maintenance records was assumed *despite* such submissions. In *Drolet*, Judge Chapdelaine, having accepted that control mechanisms should ensure the reliability of instruments “in principle”, noted that “one of the experts stated that the degree of reliability, or even infallibility, that people seem to want to attribute to instruments . . . does not take sufficient account [of] the degree of overall compliance with usage procedures and protocols” (para. 80 (emphasis added)). This led him to find that “[t]he validity of the process by which breath samples are obtained for reliable testing depends in large part on competent, adequately trained staff and a regular preventive maintenance program” (para. 81 (emphasis added)).

[79] Similarly, despite submissions before this Court in *St-Onge Lamoureux* to the effect that internal and external controls are the cornerstone of the reliability of these instruments, members of the Court expressed concerns during the hearing about whether the accused would have access to maintenance records:

[TRANSLATION]

**MR. JUSTICE LEBEL:** Could the accused have access to these maintenance records through a disclosure request?

**MR. DÉOM:** That is an excellent question which — and I'll admit this to you candidly — I have avoided before

d'haleine » (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 8, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 20 février 2008, p. 8:75). Je signale que M. Prokopanko a admis devant le Comité sénatorial qu'il y a lieu de communiquer les registres d'entretien à l'accusé. Dans *St-Onge Lamoureux*, le procureur général du Québec a adopté une position semblable lors de sa plaidoirie devant la Cour :

Mais la pierre d'assise, ce qui permet de déterminer si l'appareil ne fonctionne pas correctement, c'est le test de contrôle; c'est cela qui permet de le déterminer; c'est cela, la pierre d'assise puis la garantie de fiabilité que nous avons du fonctionnement de l'appareil. [Je souligne.]

(*St-Onge Lamoureux*, transcription, p. 12)

[78] Tant dans *Drolet* que dans *St-Onge Lamoureux*, la pertinence des registres d'entretien a été reconnue *malgré* de tels arguments. Dans *Drolet*, le juge Chapdelaine, tout en considérant que des mécanismes de contrôle devraient assurer la fiabilité des appareils « en principe », a signalé qu'« un expert a affirmé que ce concept de fiabilité, voire d'infaillibilité, qu'on semble vouloir attribuer aux alcootests [. . .] [ne tient pas] suffisamment compte du respect du processus et des protocoles d'utilisation dans leur intégralité » (par. 80 (je souligne)). Cela l'a amené à conclure que « [l]a validité du processus d'obtention d'échantillons d'haleine à des fins d'analyses fiables dépend en grande partie d'un personnel compétent et adéquatement formé et d'un programme régulier d'entretien préventif des appareils » (par. 81 (je souligne)).

[79] Dans le même ordre d'idées, malgré la plaidoirie devant la Cour dans *St-Onge Lamoureux* selon laquelle les contrôles internes et externes forment la pierre d'assise de la fiabilité de ces appareils, certains membres de la Cour ont fait part, durant l'audience, de leurs préoccupations quant à savoir si l'accusé aurait accès aux registres d'entretien :

**M. LE JUGE LEBEL :** Dans une demande de communication de preuve, est-ce que l'accusé pourrait avoir accès à ces registres d'entretien?

**M<sup>e</sup> DÉOM :** C'est une excellente question que j'ai — puis je vais vous l'admettre candidement, évitée devant les

trial judges because — in fact, for one basic reason: because the question of disclosure is one that arises in a very, very specific context with — well, I’m going to answer it — but with specific information. My answer: if the maintenance record exists, the accused should have access to it. It isn’t something —

**MR. JUSTICE LABEL:** You say if it exists. Wouldn’t this system presuppose, in order to operate with a minimum of, say, fairness for accused persons, that the record does in fact exist and that the accused can have access to it? Because you say, for example — I am quite prepared to accept your position on this — you say that maintenance is done in such a way; that standards are in place; that all of this guarantees not the infallibility but, let’s say, the reliability of the instrument. But if there’s no record, what can establish these factors?

**MR. DÉOM:** You’re referring to the factors that may cause the court to have a reasonable doubt?

Well, it is because I would say that, in itself, the maintenance record is certainly relevant evidence under a disclosure request. What is its real probative value? That’s a different matter, since it depends on a set of circumstances.

**MR. JUSTICE LABEL:** Let’s say, for example, if the maintenance record, if the examination of the maintenance record shows in fact that there is no maintenance, that the scheduled checks are not being done. And does the record indicate who operates the instruments?

**MR. DÉOM:** In fact, the maintenance records I’ve seen — and I’ve seen a number of them — do not all have the same content. Many municipal police forces actually have no maintenance records; the records are with the distributor responsible for maintaining the instruments. The distributor keeps records on this. Some police forces have maintenance records designed around several parameters, but I would like to stress one point, Justice LeBel: if, for instance, my instrument was maintained last February or even last September, this does not guarantee that it is functioning properly today, apart from the control test being acceptable or not.

**MADAM JUSTICE DESCHAMPS:** And how can accused persons have access to these control tests?

juges de première instance parce que — en fait, pour une raison fondamentale : parce que la question de la divulgation, c’est une question qui se pose dans un contexte bien, bien précis, avec — bien, je vais y répondre — mais avec des données précises. Ma réponse : si le registre d’entretien existe, il devrait y avoir accès, au registre d’entretien. Ce n’est pas un élément —

**M. LE JUGE LABEL :** Vous me donnez une réponse s’il existe. Est-ce que ce système ne supposerait pas, pour fonctionner avec un minimum d’équité, disons, pour les accusés, qu’il existe, effectivement et que l’accusé puisse y avoir accès? Parce que vous affirmez, disons — je suis bien prêt à admettre votre position là-dessus — vous affirmez que l’entretien est fait de telle façon; que des normes sont en place; que tout cela garantit non pas l’infaillibilité mais disons la fiabilité de l’appareil. Mais s’il n’y a pas de registre, qu’est-ce qui peut établir ces facteurs-là?

**M<sup>e</sup> DÉOM :** Là, vous faites référence aux facteurs qui sont de nature à susciter un doute raisonnable dans l’esprit du tribunal?

Bien, c’est parce que je vous dirais qu’en soi, le registre d’entretien est sûrement un élément pertinent dans le cadre d’une demande de divulgation. Quelle est sa valeur probante réelle? Cela, c’est une autre question puis cela dépend d’un ensemble de circonstances.

**M. LE JUGE LABEL :** Disons si, par exemple, ce registre d’entretien, si l’examen de ce registre d’entretien indiquait précisément qu’il n’y a pas d’entretien, que les vérifications prévues ne sont pas faites. Et puis est-ce que ce registre-là indique qui utilise les appareils?

**M<sup>e</sup> DÉOM :** En fait, les registres d’entretien que j’ai vus — et j’en ai vus plusieurs — en fait ne sont pas tous de la même teneur. Plusieurs corps de police municipaux, en fait, n’ont pas de registres d’entretien; le registre d’entretien, il est situé chez le distributeur qui s’occupe de l’entretien des appareils. Lui, il tient des registres à propos de cela. Certains corps de police ont des registres d’entretien qui sont conçus en fonction de plusieurs tenants et aboutissants, mais je vais me permettre d’insister sur un point. Monsieur le Juge LeBel; si mon appareil, par exemple, a été entretenu en février dernier ou même en septembre dernier, cela ne vous donne aucune garantie que cet appareil-là fonctionne correctement aujourd’hui si ce n’est que le test de contrôle est adéquat ou pas.

**MADAME LA JUGE DESCHAMPS :** Et comment les accusés peuvent-ils avoir accès à ces tests de contrôle?

**MR. DÉOM:** The control test, or rather the printout made by the instrument, gives the result of the control test; gives the result of the blank test — because there is a blank test used to purge the system — it gives the result from the sample taken. The accused is generally given this information a short time after blowing into the instrument. [Emphasis added.]

(*St-Onge Lamoureux*, transcript, at pp. 12-14)

[80] This passage is significant. First, it shows that certain members of the Court were concerned about ensuring that the accused had an evidentiary basis for rebutting the presumption of accuracy. Second, it shows that the Attorney General of Quebec insisted that all that was needed to show that an instrument was functioning was the time-of-test records printed by the instrument itself. Third, it shows that despite taking this position, the Attorney General of Quebec conceded that maintenance records were relevant (“certainly relevant evidence”) and subject to either the *Stinchcombe* or the *O’Connor* disclosure regime. As mentioned, this is something Mr. Prokopanko also admitted before the Senate Committee considering Bill C-2, at p. 8:75.

[81] At para. 40 of his reasons, my colleague questions the utility of referring to these passages. Though it goes without saying that they do not carry the authority of the Court’s reasons, they can assist us in understanding these reasons by providing context. It is within this context, and in light of the extensive factual record in *Drolet*, that the Court’s comments on the importance of maintenance and the availability of maintenance records in *St-Onge Lamoureux* must be understood. Despite the Attorney General’s position that only time-of-test records were relevant to the question of whether an instrument had functioned properly, the Court concluded that the impugned scheme was constitutional *on the assumption* that the accused would have an opportunity to raise a reasonable doubt as to the instrument’s functioning on the basis of its maintenance and would “of course” be provided with an evidentiary basis to do so.

**M<sup>e</sup> DÉOM :** Le test de contrôle, en fait, l’imprimé qui est émis par l’instrument donne le résultat du test de contrôle; donne le résultat du test à blanc — parce qu’il y a un test à blanc qui sert à purger le système — il donne le résultat de la prise d’échantillon. Ces données-là sont remises à l’accusé généralement peu de temps après qu’il ait soufflé dans l’instrument. [Je souligne.]

(*St-Onge Lamoureux*, transcription, p. 12-14)

[80] Ce passage est significatif. Premièrement, il démontre que certains membres de la Cour tenaient à ce que l’accusé dispose d’une preuve lui permettant de réfuter la présomption d’exactitude. Deuxièmement, il démontre que le procureur général du Québec a insisté sur le fait que tout ce qui était nécessaire pour établir qu’un appareil fonctionnait, c’étaient les relevés imprimés par l’appareil lui-même au moment de l’alcootest. Troisièmement, il démontre que même s’il a adopté cette position, le procureur général du Québec a concédé que les registres d’entretien étaient pertinents (« sûrement un élément pertinent ») et assujettis soit au régime de communication établi par l’arrêt *Stinchcombe*, soit à celui établi par l’arrêt *O’Connor*. Comme je l’ai mentionné, c’est également quelque chose que M. Prokopanko a admis devant le Comité sénatorial qui a étudié le projet de loi C-2 (p. 8:75).

[81] Au paragraphe 40 de ses motifs, mon collègue remet en question l’utilité de se référer à ces passages. Même s’il va sans dire que ceux-ci n’ont pas la même valeur que les motifs de la Cour, ils nous aident à les comprendre en les replaçant dans leur contexte. C’est dans ce contexte et à la lumière du dossier factuel étoffé dans *Drolet* qu’il faut situer les remarques de la Cour quant à l’importance de l’entretien et à l’accessibilité des registres d’entretien dans *St-Onge Lamoureux*. Même si le procureur général s’est dit d’avis que seuls les relevés imprimés au moment de l’alcootest étaient pertinents pour établir si un appareil avait bien fonctionné, la Cour a conclu à la constitutionnalité du régime attaqué *en se fondant sur l’hypothèse que* l’accusé aurait la possibilité de soulever un doute raisonnable quant au fonctionnement de l’appareil sur la base de son entretien et qu’on lui fournirait « certes » la preuve lui permettant de le faire.

[82] My concern is that, by deciding at this point that maintenance records are irrelevant and therefore not available under first party disclosure, my colleague would upset the delicate balance struck in *St-Onge Lamoureux* and put the very constitutionality of s. 258(1)(c) back into question.

[83] I am also concerned that my colleague's approach, which accepts that *the only* records that are "obviously relevant to the functioning of the instrument are the time-of-test records" (para. 47), effectively denies the accused the opportunity to rebut the presumption of accuracy by raising a doubt as to the *proper functioning* of the machine. The *Criminal Code* provides that the presumption of accuracy may be rebutted by evidence tending to show "that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly" (s. 258(1)(c)). Holding that *only* time-of-test records produced *by the instrument* can demonstrate that the instrument was malfunctioning effectively assumes that the machine is infallible. With respect, I find this difficult to reconcile with this Court's reasoning in *St-Onge Lamoureux*, which recognized that "the possibility of an instrument malfunctioning . . . is not merely speculative, but is very real" (para. 25; see also paras. 27-28). Furthermore, this approach limits the defence's opportunity to rebut the presumption of accuracy by confining it to arguments raising a doubt as to the instrument's *operation*. It is reasonable to assume that if there are any deficiencies in the time-of-test records produced by the machine, the Crown will not press charges. In these circumstances, if evidence other than the time-of-test results is irrelevant, the accused will never be able to successfully defend against a charge on the basis that the instrument *malfunctioned*. This runs contrary to Parliament's intent to make malfunctioning and improper operation two *distinct* grounds for rebutting the presumption of accuracy. It also upsets the balance struck by this Court in *St-Onge Lamoureux* in determining that the violation of the right to be presumed innocent guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* was justified.

[82] Ce qui me préoccupe, c'est qu'en décidant à ce stade que les registres d'entretien sont dénués de pertinence et qu'ainsi, ils échappent à l'obligation de communication incombant à la partie poursuivante, mon collègue romprait l'équilibre fragile établi dans *St-Onge Lamoureux* et remettrait en question la constitutionnalité même de l'al. 258(1)c).

[83] Je crains également que l'approche de mon collègue, qui accepte que *les seuls* relevés « manifestement pertinents quant au fonctionnement de l'alcootest sont ceux établis au moment des analyses effectuées par l'appareil » (par. 47), prive effectivement l'accusé de l'occasion de réfuter la présomption d'exactitude en mettant en doute le *bon fonctionnement* de la machine. Selon le *Code criminel*, la présomption d'exactitude peut être réfutée par une preuve tendant à démontrer « [le] mauvais fonctionnement ou [. . .] l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé » (al. 258(1)c)). Conclure que *seuls* les relevés produits *par l'appareil* au moment des analyses peuvent démontrer que l'appareil fonctionnait mal revient à supposer dans les faits que la machine est infallible. Avec égards, j'ai du mal à concilier cette conclusion avec le raisonnement de la Cour dans *St-Onge Lamoureux*, où elle reconnaît que « la possibilité de mauvais fonctionnement [. . .] de l'appareil [. . .] n'est pas fondée sur de simples conjectures, mais est bien réelle » (par. 25; voir aussi les par. 27-28). De plus, cette approche limite la possibilité pour la défense de réfuter la présomption d'exactitude en la restreignant aux arguments qui mettent en doute l'*utilisation* correcte de l'appareil. Il est raisonnable de tenir pour acquis qu'en cas de défaillance dans les relevés produits par la machine au moment des analyses, le ministère public ne portera pas d'accusations. Dans les autres cas, si une autre preuve que les résultats obtenus au moment des analyses n'est pas pertinente, l'accusé ne pourra jamais se défendre avec succès contre une accusation en plaissant que l'appareil a *mal fonctionné*. Cela va à l'encontre de l'intention du législateur de faire du mauvais fonctionnement et de l'utilisation incorrecte deux moyens *distincts* permettant de réfuter la présomption d'exactitude. Cela rompt aussi l'équilibre établi par la Cour dans *St-Onge Lamoureux* en décidant que la violation du droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte* était justifiée.

[84] My colleague concludes that requests for the disclosure of maintenance records fall under the *O'Connor* regime (para. 52). I respectfully disagree. Saying that maintenance records are available under third party disclosure ignores the fact that this recourse would, in practice, be illusory. In my view, it is difficult to understand how an expert could opine on the “likely relevance” of maintenance records without first examining them and identifying specific deficiencies that may be used to prove that an instrument malfunctioned. As stated by my colleague, the *O'Connor* standard is “not onerous” but is nevertheless “significant” (para. 26). It is meant to allow courts to act as gatekeepers, avoiding speculative requests for production (*O'Connor*, at para. 24, quoting from *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at p. 744). In my view, requiring the disclosure of maintenance records to be sought under the *O'Connor* regime opens the door to the very “fishing expeditions” we are seeking to avoid (see para. 53 of my colleague’s reasons). Although *St-Onge Lamoureux* made it clear that expert evidence would be needed “to determine whether the instrument malfunctioned” (para. 47 (emphasis added)), it did not suggest that expert evidence would be needed for disclosure purposes, since it assumed that maintenance records would (“of course”) be disclosed. For an accused to have a real opportunity — and not only a theoretical one — to show that an instrument was malfunctioning, an expert must have an evidentiary basis either to opine as to the possibility that the instrument malfunctioned or to establish the “likely relevance” of other information sought through additional third party disclosure. Providing nothing by way of first party disclosure forces accused persons and their experts to resort to conjecture and speculation and undermines the promise of *St-Onge Lamoureux*.

[85] This is in no way inconsistent with para. 78 of *St-Onge Lamoureux*. With respect, my colleague gives this passage, which cites *O'Connor*, too much

[84] Mon collègue (par. 52) conclut que les demandes de communication des registres d’entretien relèvent du régime établi par l’arrêt *O'Connor*. Avec égards, je ne suis pas d’accord. L’affirmation qu’on peut avoir accès aux registres d’entretien parce qu’ils sont assujettis au régime de communication applicable aux dossiers en la possession de tiers ne tient pas compte du fait que ce recours serait en pratique illusoire. Il me paraît difficile de comprendre en quoi un expert pourrait se prononcer sur la « pertinence probable » des registres d’entretien sans les avoir examinés au préalable et cerné les défaillances précises qui pourraient servir à prouver le mauvais fonctionnement d’un appareil. Comme l’explique mon collègue, la norme fixée dans *O'Connor*, « sans être onéreuse », est néanmoins « importante » (par. 26). Cette norme a pour objet de permettre aux tribunaux d’agir à titre de gardien et d’empêcher les demandes de divulgation qui reposent sur la conjecture (*O'Connor*, par. 24, citant *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, p. 744). À mon avis, exiger que la communication des registres d’entretien soit demandée en vertu du régime établi par *O'Connor* ouvre la porte aux « recherches à l’aveuglette » que nous voulons éviter (voir le par. 53 des motifs de mon collègue). Bien que l’arrêt *St-Onge Lamoureux* ait clairement indiqué qu’il serait nécessaire de faire témoigner un expert « pour examiner le fonctionnement de l’appareil » (par. 47 (je souligne)), il n’a pas suggéré qu’on doit faire témoigner un expert à des fins de communication, car il supposait que les registres d’entretien seraient (« certes ») communiqués. Pour que l’accusé ait une possibilité réelle — et non seulement une possibilité théorique — de démontrer qu’un appareil fonctionnait mal, un expert doit disposer d’une preuve sur laquelle il peut se fonder pour soit juger de la possibilité qu’un appareil fonctionne mal, soit établir la « pertinence probable » des autres renseignements demandés en vertu du régime de communication des dossiers en la possession de tiers. L’absence totale de communication par la partie poursuivante oblige les accusés et leurs experts à s’appuyer sur des conjectures, et va à l’encontre de la promesse faite dans *St-Onge Lamoureux*.

[85] Cette proposition n’est aucunement incompatible avec le par. 78 de l’arrêt *St-Onge Lamoureux*. Avec égards, mon collègue accorde trop d’importance

weight. It certainly does not say that maintenance logs will *only* be available as third party records, and it should not be held out as supporting this conclusion. It simply reaffirms that *any* evidence tending to establish a deficiency in the functioning or operation of an instrument will be available to the accused according to the established rules of disclosure: first party records will be disclosed as per the Crown's duty under *Stinchcombe* and third party records may be requested by the accused under *O'Connor*.

[86] Finally, it is my view that disclosing maintenance records as first party records is not only consistent with *St-Onge Lamoureux* but also serves the interests of justice. Where maintenance records reveal no issues, their disclosure may compel the accused to plead guilty. Where they reveal certain issues *and an expert is of the opinion that these issues may prove that the instrument malfunctioned*, the maintenance records provide a basis for the accused to raise such a defence or to make subsequent *O'Connor* requests in a grounded, non-speculative manner.

## II. Conclusion

[87] For all these reasons, I would conclude that maintenance records are subject to first party *Stinchcombe* disclosure. I agree with Rowbotham J.A., dissenting (para. 124), that maintenance records “should include the results of all inspections and documentation of the maintenance history including records of parts replaced and approved modifications to hardware or software”, as per the ATC's 2014 recommendation (p. 188). Any further disclosure arising from information in the maintenance records must be sought through an *O'Connor* application.

à ce passage où l'on cite *O'Connor*. Ce passage n'indique certainement pas que les relevés d'entretien sont *uniquement* susceptibles de communication en tant que dossiers en la possession de tiers, et il ne devrait pas être interprété comme appuyant cette conclusion. Ce passage réitère simplement que *toute* preuve tendant à établir une défaillance dans le fonctionnement ou l'utilisation d'un appareil sera mise à la disposition de l'accusé en conformité avec les règles de communication établies : les dossiers relevant de la partie poursuivante seront communiqués suivant l'obligation imposée au ministère public par l'arrêt *Stinchcombe*, tandis que l'accusé peut se fonder sur l'arrêt *O'Connor* pour demander des dossiers en la possession de tiers.

[86] Enfin, j'estime que la communication des registres d'entretien en tant que documents relevant de la partie poursuivante est non seulement conforme à l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, mais sert aussi l'intérêt de la justice. Lorsque les registres d'entretien ne révèlent aucun problème, leur communication pourrait convaincre l'accusé de plaider coupable. Dans le cas de ceux qui révèlent certains problèmes *et où un expert est d'avis que ces problèmes peuvent démontrer que l'appareil fonctionnait mal*, les registres d'entretien servent de fondement à l'accusé pour faire valoir une telle défense, ou pour présenter par la suite des demandes de type *O'Connor* sur la base de motifs, et non de conjectures.

## II. Conclusion

[87] Pour tous ces motifs, je conclus que les registres d'entretien sont soumis au régime de communication de la preuve par la partie poursuivante d'après l'arrêt *Stinchcombe*. Je suis d'accord avec la juge Rowbotham, dissidente (par. 124), pour dire que les registres d'entretien [TRADUCTION] « doivent contenir les résultats de toutes les inspections et la documentation retraçant l'historique de l'entretien, y compris les relevés des pièces remplacées et des modifications approuvées aux composantes ou au logiciel », conformément à la recommandation faite par le CAA en 2014 (p. 198). Toute autre communication découlant de renseignements qui figurent dans les registres d'entretien doit être sollicitée par voie de demande de type *O'Connor*.

[88] Contrary to what my colleague argues at para. 53 of his reasons, this approach *would* prevent fishing expeditions and other dilatory requests for information. It clearly defines the scope of first party disclosure, where prior jurisprudence was ambiguous. Moreover, it requires that the accused set out an evidentiary basis for any further third party disclosure. To use my colleague’s example, the request for additional pieces of disclosure in *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87, would have failed insofar as the requested information fell outside the scope of “maintenance records” and the accused failed to put forward any evidentiary basis for the request.

[89] For these reasons, I would allow the appeals.

[90] In *Vallentgoed* (37403), the trial judge erred in not ordering the production of the requested records insofar as they fell within the scope of “maintenance records” as defined by the ATC’s recommended standards. I would order the disclosure of the requested records falling within this scope, quash the conviction and remit the matter for a new trial following such disclosure. In *Gubbins* (37395), the stay of proceedings should be restored.

*Appeals dismissed, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Kevin Patrick Gubbins: Foster Iovinelli Beyak Kothari, Calgary.*

*Solicitors for the appellant Darren John Chip Vallentgoed: Gunn Law Group, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.*

[88] Contrairement à ce qu’affirme mon collègue au par. 53 de ses motifs, cette approche *empêcherait* les recherches à l’aveuglette et autres demandes de renseignements dilatoires. Elle délimite clairement l’étendue des documents à communiquer par la partie poursuivante, alors que la jurisprudence antérieure était ambiguë. En outre, elle exige que l’accusé produise une preuve permettant de fonder toute autre communication de documents en la possession de tiers. Pour reprendre l’exemple cité par mon collègue, la demande visant à obtenir des éléments supplémentaires dans *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87, aurait été vouée à l’échec parce que les renseignements demandés ne relevaient pas des « registres d’entretien » et que l’accusé n’a produit aucun élément de preuve susceptible de fonder la demande.

[89] Pour ces motifs, j’accueillerais les pourvois.

[90] Dans *Vallentgoed* (37403), le juge du procès a fait erreur en n’ordonnant pas la production des documents demandés dans la mesure où ils constituent des « registres d’entretien » au sens des normes recommandées du CAA. Je suis d’avis d’ordonner la communication des documents demandés qui répondent à cette définition, d’annuler la déclaration de culpabilité et de renvoyer l’affaire pour nouveau procès après communication de ces documents. Dans *Gubbins* (37395), il convient de rétablir l’arrêt des procédures.

*Pourvois rejetés, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs de l’appelant Kevin Patrick Gubbins : Foster Iovinelli Beyak Kothari, Calgary.*

*Procureurs de l’appelant Darren John Chip Vallentgoed : Gunn Law Group, Edmonton.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l’intervenante la procureure générale de l’Ontario : Procureure générale de l’Ontario, Toronto.*

*Procureur de l’intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.*