

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Marc Cyr-Langlois *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Association québécoise des avocats et avocates de la défense and Criminal Lawyers' Association
Interveners

INDEXED AS: R. v. CYR-LANGLOIS

2018 SCC 54

File No.: 37760.

Hearing and judgment: October 15, 2018.

Reasons delivered: December 6, 2018.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Criminal law — Driving with blood alcohol level over legal limit — Evidence — Statutory presumptions of accuracy and identity for breathalyzer test results — Burden of proof for rebutting presumptions — Scope of evidence that must be adduced to rebut presumptions — Whether evidence that is purely theoretical is sufficient to show that improper operation of breathalyzer tends to cast doubt on reliability of results — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).

The accused was charged with operating a motor vehicle with a blood alcohol level exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. At the police station, the qualified technician failed to observe the accused himself for a period of 15 or 20 minutes before administering each breathalyzer test. The accused argued that this was a breach of the duty to operate the breathalyzer properly and that it was sufficient to rebut the presumptions of accuracy and identity applicable to breathalyzer test results under s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, which had to lead to his acquittal in the absence of additional evidence from the Crown. At trial, only the qualified technician testified. The trial judge found that because the observation procedure, whose

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Marc Cyr-Langlois *Intimé*

et

Procureure générale de l'Ontario, Association québécoise des avocats et avocates de la défense et Criminal Lawyers' Association
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : R. c. CYR-LANGLOIS

2018 CSC 54

N° du greffe : 37760.

Audition et jugement : 15 octobre 2018.

Motifs déposés : 6 décembre 2018.

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 DU QUÉBEC

Droit criminel — Conduite avec alcoolémie supérieure à la limite légale — Preuve — Présomptions légales d'exactitude et d'identité des résultats d'alcootest — Fardeau de preuve pour réfuter les présomptions — Quelle est l'étendue de la preuve à présenter pour réfuter les présomptions? — Une preuve purement théorique est-elle suffisante pour démontrer que l'utilisation incorrecte de l'alcootest tend à mettre en doute la fiabilité des résultats? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 258(1)(c).

L'accusé a été inculpé de conduite d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Au poste de police, avant de procéder à chaque alcootest, le technicien qualifié omet d'observer lui-même l'accusé durant une période de 15 ou 20 minutes. Selon l'accusé, cette omission constitue un manquement à l'obligation d'utiliser correctement l'alcootest et suffit pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité que l'al. 258(1)c) du *Code criminel* confère aux résultats de l'alcootest, ce qui doit, en l'absence de preuve à charge supplémentaire, entraîner son acquittement. Au procès, seul le technicien qualifié témoigne. Le juge du procès conclut que puisque la procédure d'observation, laquelle a

general purpose was to ensure the reliability of the results, had not been followed in this case, this was sufficient to raise a reasonable doubt about the reliability of the results. He therefore acquitted the accused. On appeal, the Superior Court set aside the judgment of acquittal and ordered a new trial. A majority of the Court of Appeal set aside the Superior Court's judgment and restored the verdict of acquittal.

Held (Côté J. dissenting): The appeal is allowed, the verdict of acquittal is set aside and a new trial is ordered.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: To rebut the presumptions in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, an accused must adduce evidence tending to show that the malfunctioning or improper operation of the approved instrument casts doubt on the reliability of the results. The accused's burden is discharged if the following conditions are met: (1) the accused adduces evidence relating directly to the malfunctioning or improper operation of the instrument, and (2) the accused establishes that this defect tends to cast doubt on the reliability of the results. In the case of improper operation of an instrument, while abstract evidence alone may sometimes meet the requirement of raising a reasonable doubt about the reliability of the results, it is more likely that evidence that relates more concretely to the facts in issue will be required. What is essential is that the possibility that the defect affected the reliability of the results is serious enough to raise a reasonable doubt.

In the instant case, the evidence adduced did not rebut the presumptions. Even if it is assumed that improper operation of the instrument was established here based on failure to complete the 15- or 20-minute observation period, there was clearly no evidence that this improper operation tended to cast doubt on the reliability of the results. The mere improper operation alleged by the accused did not in itself tend to show that the reliability of the results was in doubt. Without evidence that related more concretely to the facts in issue, the accused's argument was in the realm of speculation and could not satisfy the reasonable doubt test. Acceptance of theoretical evidence based on speculation reflects a misinterpretation of the accused's burden of proof, which is an error of law.

Per Côté J. (dissenting): The appeal must be dismissed. An accused who seeks to counter the presumptions in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* bears only the burden of raising a reasonable doubt about a malfunction or improper operation of the breathalyzer that could affect the

pour objectif général d'assurer la fiabilité des résultats, n'a pas été respectée en l'espèce, cela suffit pour soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats. Il acquitte donc l'accusé. En appel, la Cour supérieure casse le jugement d'acquiescement et ordonne la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel, à la majorité, infirme le jugement de la Cour supérieure et rétablit le verdict d'acquiescement.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli, le verdict d'acquiescement est écarté et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin : Pour réfuter les présomptions de l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, l'accusé doit offrir une preuve qui tend à démontrer que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil approuvé permet de douter de la fiabilité des résultats. L'accusé se décharge de son fardeau si les conditions suivantes sont réunies : (1) il offre une preuve portant directement sur le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil, et (2) il établit que ce vice tend à mettre en doute la fiabilité des résultats. En cas d'utilisation incorrecte d'un appareil, bien qu'une démonstration abstraite puisse parfois satisfaire, à elle seule, à l'obligation de soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats, il est plus probable qu'une preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause soit requise. Ce qui est essentiel, c'est que la possibilité que le vice ait influé sur la fiabilité des résultats soit suffisamment sérieuse pour soulever un doute raisonnable.

En l'espèce, la preuve présentée ne permettait pas de réfuter les présomptions. Même à supposer que l'utilisation incorrecte de l'appareil a été ici établie par le non-respect de la période d'observation de 15 ou 20 minutes, la preuve que cette utilisation incorrecte tendait à mettre en doute la fiabilité des résultats était manifestement absente. La simple utilisation incorrecte invoquée par l'accusé ne tend pas à elle seule à démontrer que la fiabilité des résultats est mise en doute. Sans une preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause, l'argument de l'accusé s'inscrit dans le domaine de la conjecture et ne peut respecter le critère du doute raisonnable. Se satisfaire d'une preuve théorique qui relève de la conjecture traduit une interprétation erronée du fardeau de preuve incombant à l'accusé, ce qui constitue une erreur de droit.

La juge Côté (dissidente) : L'appel doit être rejeté. Le fardeau imposé à l'accusé qui entend repousser les présomptions prévues à l'al. 258(1)c) du *Code criminel* se limite à soulever un doute raisonnable quant au mauvais fonctionnement ou à une utilisation incorrecte de

reliability of the results. Requiring evidence that relates more concretely to the facts in issue imposes an obligation on the accused to cast doubt on the accuracy of the results on the facts of the case, which is contrary to the Court's reasoning in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187.

In *St-Onge Lamoureux*, the Court found that the requirement of adducing evidence tending to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly was justified under s. 1 of the *Charter*, notably because there was still a real possibility that the accused could counter the statutory presumptions by showing that the relevant procedures had not been followed, in which case the reliability of the results could not be assumed. Thus, where the evidence tends to show — on the reasonable doubt standard — that the malfunctioning or improper operation of the breathalyzer increased the possibility of an inaccurate result, reliability is affected and the accused has met his or her burden. The accused does not have to tender additional evidence in order to directly raise a reasonable doubt about the accuracy of the results on the facts of the case. It is sufficient for the accused to adduce evidence tending to show that a recommended procedure was not faithfully followed and that the purpose of the procedure is to ensure the reliability of the results.

In this regard, a qualified technician's testimony may be sufficient to counter the presumptions. Where the technician testifies about a recommended procedure, states that its purpose is to ensure the reliability of the results and, finally, admits that he or she did not follow the procedure faithfully or does not know whether it was followed faithfully, the accused is not obliged to tender additional evidence. If the Crown then fails to prove beyond a reasonable doubt that the deficiency in question had no impact on the accuracy of the results on the facts of the case, the Crown completely loses the benefit of the statutory presumptions in s. 258(1)(c). It is for the trier of fact to assess the evidence adduced in order to determine whether it is sufficient to counter the statutory presumptions.

In the instant case, the trial judge made no error of law that would warrant appellate intervention in finding that the accused had raised a reasonable doubt about improper operation of the breathalyzer that could affect the results and that the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) had therefore been countered. It was open to the trial judge to make that finding in light of the concrete and specific evidence showing that a procedure for ensuring the reliability of the results had not been followed and that this deficiency could affect the reliability of the results. Requiring an accused to testify about his or her

l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats. Exiger une preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause oblige l'accusé à mettre en doute l'exactitude des résultats dans les faits de l'affaire, ce qui va à l'encontre du raisonnement de la Cour dans *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187.

Dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour a conclu que l'exigence de produire une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, notamment parce que l'accusé conserve la possibilité réelle de repousser les présomptions légales en démontrant que les procédures pertinentes n'ont pas été suivies, auquel cas la fiabilité des résultats ne peut être tenue pour acquise. Ainsi, lorsque la preuve tend à démontrer — selon la norme du doute raisonnable — que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest a augmenté la possibilité d'un résultat inexact, la fiabilité s'en trouve affectée, et l'accusé a satisfait à son fardeau. Ce dernier n'a pas à produire une preuve additionnelle afin de soulever directement un doute raisonnable quant à l'exactitude des résultats dans les faits de l'affaire. Il suffit que l'accusé présente une preuve tendant à démontrer qu'une procédure recommandée n'a pas été suivie fidèlement, et que cette procédure vise à assurer la fiabilité des résultats.

À cet effet, le témoignage d'un technicien qualifié peut suffire à repousser les présomptions. Lorsque celui-ci témoigne au sujet d'une procédure recommandée, qu'il précise que la procédure vise à assurer la fiabilité des résultats, et qu'il admet enfin ne pas avoir suivi celle-ci fidèlement ou ignorer si elle l'a été, l'accusé n'a pas l'obligation de produire une preuve additionnelle. Si le ministère public ne prouve pas alors, hors de tout doute raisonnable, que la défaillance en cause n'a eu aucune incidence sur l'exactitude des résultats dans les faits de l'affaire, il perd définitivement le bénéfice des présomptions légales prévues à l'al. 258(1)c). Il revient au juge des faits d'apprécier la preuve administrée afin de déterminer si celle-ci est suffisante pour repousser les présomptions légales.

En l'espèce, le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit qui justifierait l'intervention d'une cour d'appel en concluant que l'accusé avait soulevé un doute raisonnable quant à une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter les résultats, et que les présomptions d'exactitude et d'identité prévues à l'al. 258(1)c) étaient par conséquent repoussées. Il était loisible au juge du procès d'arriver à cette conclusion, vu la preuve concrète et précise démontrant qu'une procédure visant à assurer la fiabilité des résultats n'avait pas été suivie, et que cette défaillance était susceptible d'affecter cette fiabilité.

alcohol consumption and physiological reactions, even though the qualified technician's testimony was sufficient to raise a reasonable doubt about improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results, would upset the delicate balance between the constitutional rights of accused persons and Parliament's objectives.

Finally, the Court should not order a new trial based on arguments made for the first time on appeal, because to do so would be to give the Crown a second chance to have the accused convicted. Such a result would be contrary to the double jeopardy principle.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Referred to: *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

By Côté J. (dissenting)

R. v. St-Onge Lamoureux, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Gubbins*, 2018 SCC 44, [2018] 3 S.C.R. 35; *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397; *R. v. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382; *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221; *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *R. v. Varga* (1994), 90 C.C.C. (3d) 484; *R. v. Knight*, 2015 ABCA 24; *R. v. Suarez-Noa*, 2017 ONCA 627, 139 O.R. (3d) 508; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Vaillancourt* (1995), 105 C.C.C. (3d) 552; *R. v. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (offences relating to conveyances) and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2018, c. 21.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(3)a(i), 258(1)c, d.01, d.1, 320.31(1) [ad. 2018, c. 21, s. 15].

Authors Cited

Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, "exactitude", "fiabilité".

Exiger que l'accusé témoigne au sujet de sa consommation d'alcool et de ses réactions physiologiques, alors que le témoignage du technicien qualifié était suffisant pour soulever un doute raisonnable quant à une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats, viendrait rompre l'équilibre fragile entre les droits constitutionnels de l'accusé et les objectifs du législateur.

Enfin, la Cour ne devrait pas ordonner un nouveau procès sur la base d'arguments présentés pour la première fois en appel, puisque cela reviendrait à donner une deuxième chance au ministère public de faire déclarer l'accusé coupable. Un tel résultat heurterait le principe de la protection contre le double péril.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts mentionnés : *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

Citée par la juge Côté (dissidente)

R. c. St-Onge Lamoureux, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Gubbins*, 2018 CSC 44, [2018] 3 R.C.S. 35; *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397; *R. c. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. c. The Queen*, [1969] R.C.S. 221; *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *R. c. Varga* (1994), 90 C.C.C. (3d) 484; *R. c. Knight*, 2015 ABCA 24; *R. c. Suarez-Noa*, 2017 ONCA 627, 139 O.R. (3d) 508; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Vaillancourt*, 1995 CanLII 5036; *R. c. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(3)a(i), 258(1)c, d.01, d.1, 320.31(1) [aj. 2018, c. 21, art. 15].
Loi modifiant le Code criminel (infractions relatives aux moyens de transport) et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, L.C. 2018, c. 21.

Doctrine et autres documents cités

Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « exactitude », « fiabilité ».

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Bélanger and Hogue JJ.A.), 2017 QCCA 1033, 39 C.R. (7th) 123, 17 M.V.R. (7th) 75, [2017] AZ-51405750, [2017] Q.J. No. 8609 (QL), 2017 CarswellQue 10389 (WL Can.), setting aside a decision of Zigman J., 2015 QCCS 4369, [2015] AZ-51216659, [2015] J.Q. n° 9181 (QL), 2015 CarswellQue 9159 (WL Can.), setting aside the acquittal of the accused and ordering a new trial. Appeal allowed, Côté J. dissenting.

Gabriel Bervin and Maxime Lacoursière, for the appellant.

Marie-Pier Boulet and Hugo T. Marquis, for the respondent.

Written submissions only by *James V. Palangio* for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Philippe Marcoux, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Adam Little, Jonathan M. Rosenthal and James Foy, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ. delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Background

[1] Where an accused is charged with operating a motor vehicle with a blood alcohol level exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, once the Crown has established certain conditions, the burden shifts to the accused to raise a reasonable doubt about the reliability of the breathalyzer test results. If there is no evidence raising such a doubt, the results are presumed to be accurate, which is to say that the alcohol level in the breath sample is presumed to reflect the alcohol level in the accused's blood at

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Bélanger et Hogue), 2017 QCCA 1033, 39 C.R. (7th) 123, 17 M.V.R. (7th) 75, [2017] AZ-51405750, [2017] J.Q. n° 8609 (QL), 2017 CarswellQue 5419 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Zigman, 2015 QCCS 4369, [2015] AZ-51216659, [2015] J.Q. n° 9181 (QL), 2015 CarswellQue 9159 (WL Can.), qui avait annulé le verdict d'acquiescement prononcé en faveur de l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

Gabriel Bervin et Maxime Lacoursière, pour l'appelante.

Marie-Pier Boulet et Hugo T. Marquis, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *James V. Palangio* pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Jean-Philippe Marcoux, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Adam Little, Jonathan M. Rosenthal et James Foy, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin a été rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Contexte

[1] Dans les cas d'accusation de conduite d'un véhicule à moteur alors que l'alcoolémie dépasse 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, une fois que certaines conditions sont établies par le ministère public, il appartient à l'accusé de soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats de l'alcootest. En l'absence d'une preuve soulevant un tel doute, les résultats sont présumés exacts, c'est-à-dire que le taux d'alcool dans l'échantillon d'haleine est présumé refléter le taux d'alcool dans le sang de l'accusé

the time of testing, and that level is presumed to be identical to the alcohol level in the accused's blood at the material time.

[2] This appeal concerns the scope of the evidence that must be adduced to rebut the presumptions of accuracy and identity that are applicable to breathalyzer test results under s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”). From the bench, the Court allowed the Crown's appeal from the judgment of the Court of Appeal, set aside the verdict of acquittal restored by the Court of Appeal, and ordered a new trial, with reasons to follow. These are those reasons.

[3] The extent of the burden resting on an accused in such circumstances has been the subject of much debate. In *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, this Court put an end to that debate. Since that decision, it has been settled that to rebut the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.*, an accused must adduce evidence tending to show that the malfunctioning or improper operation of the approved instrument casts doubt on the reliability of the results (*St-Onge Lamoureux*, at para. 52). Thus,

the new provisions [of the *Cr. C.*] 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. [para. 41]

This requirement has two purposes. First, it aims to ensure continued scientific recognition of breathalyzer test results, and second, it promotes the proper functioning and proper operation of instruments in order to prevent the reliability of the results from being compromised (*St-Onge Lamoureux*, at paras. 33-36).

[4] The accused's burden is discharged if the following conditions are met: (i) the accused adduces evidence relating directly to the malfunctioning or

au moment du test, et ce taux est présumé identique au taux d'alcool dans le sang de ce dernier au moment des faits reprochés.

[2] Le pourvoi porte sur l'étendue de la preuve à présenter pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité que l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »), confère aux résultats de l'alcootest. La Cour a accueilli séance tenante l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel, mis de côté le verdict d'acquiescement rétabli par la Cour d'appel, ordonné un nouveau procès et précisé que les motifs suivraient. Les voici.

[3] L'étendue du fardeau incombant à l'accusé en pareilles circonstances a fait l'objet de plusieurs débats auxquels notre Cour a mis un terme dans *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187. Depuis cet arrêt, il est acquis que, pour réfuter les présomptions de l'al. 258(1)c) *C. cr.*, l'accusé doit offrir une preuve qui tend à démontrer que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil approuvé permet de douter de la fiabilité des résultats (*St-Onge Lamoureux*, par. 52). Ainsi,

les nouvelles dispositions [du *C. cr.*] 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. [par. 41]

Cette exigence poursuit deux objectifs. D'une part, elle vise à garantir que les résultats d'alcootest continuent de jouir de la reconnaissance scientifique et, d'autre part, elle veille à encourager le bon fonctionnement et l'utilisation correcte des appareils afin d'éviter que la fiabilité des résultats ne soit compromise (*St-Onge Lamoureux*, par. 33-36).

[4] L'accusé se décharge de son fardeau si les conditions suivantes sont réunies : (i) il offre une preuve portant directement sur le mauvais fonctionnement

improper operation of the instrument, and (ii) the accused establishes that this defect tends to cast doubt on the reliability of the results. Each of these conditions has a theoretical element and a practical element. Therefore, for the improper operation of the instrument to be established, it must first be found that a specific procedure is generally required (theoretical element), and it must then be shown that the procedure was not in fact followed (practical element). The evidence from which it can be inferred that the defect tends to cast doubt on the reliability of the results must be looked at in the same manner. The theoretical element is satisfied where it is proved that the purpose of the procedure in question is to ensure the reliability of the results. On the practical element, the evidence must establish that, in the particular case, the defect could have affected the reliability of the results.

[5] In the instant case, there is no need to deal with the first condition. Even if we assume, without deciding, that improper operation of the instrument was established here based on failure to complete the 15- or 20-minute observation period, there was clearly no evidence that this improper operation tended to cast doubt on the reliability of the results. The Court of Appeal's judgment must be reversed. The Superior Court's judgment setting aside the verdict of acquittal by the Court of Québec and ordering a new trial must be restored.

A. *Facts*

[6] On July 12, 2012, the respondent Marc Cyr-Langlois was stopped by Constables Boissonneault and Cousineau while he was driving his vehicle. Constable Cousineau arrested him at around 12:35 a.m. The respondent was frisk searched and then taken to the police station. When they arrived at the station at around 12:54 a.m., the three men went into two adjacent rooms separated by a window. Constable Boissonneault, a qualified technician, went into the breathalyzer room to prepare the instrument and run a control test. Constable Cousineau accompanied the respondent to the interrogation room and then joined Constable Boissonneault in the adjacent breathalyzer room while the respondent exercised his right to counsel confidentially. Constable Cousineau

ou l'utilisation incorrecte de l'appareil et (ii) il établit que ce vice tend à mettre en doute la fiabilité des résultats. Chacune de ces conditions comporte un volet théorique et un volet pratique. En conséquence, pour établir l'utilisation incorrecte de l'appareil, il faut d'abord conclure qu'une procédure précise est généralement requise (volet théorique), puis établir que celle-ci n'a pas été respectée dans les faits (volet pratique). La preuve qui permet d'inférer que ce vice tend à mettre en doute la fiabilité des résultats doit également être envisagée de la même manière. Il est satisfait au volet théorique s'il est prouvé que la procédure en question a pour objectif d'assurer la fiabilité des résultats. Pour le volet pratique, la preuve doit établir que ce vice est susceptible ici d'avoir influé sur la fiabilité des résultats.

[5] En l'espèce, il n'est pas nécessaire de se pencher sur la première condition. Même à supposer, sans en décider, que l'utilisation incorrecte de l'appareil a été ici établie par le non-respect de la période d'observation de 15 ou 20 minutes, la preuve que cette utilisation incorrecte tendait à mettre en doute la fiabilité des résultats était manifestement absente. L'arrêt de la Cour d'appel doit être infirmé. Le jugement de la Cour supérieure qui a cassé le verdict d'acquiescement de la Cour du Québec et ordonné la tenue d'un nouveau procès doit être rétabli.

A. *Faits*

[6] Le 12 juillet 2012, l'intimé, M. Marc Cyr-Langlois, est intercepté au volant de son véhicule par les agents Boissonneault et Cousineau. Vers 0 h 35, l'agent Cousineau procède à son arrestation. L'intimé est soumis à une fouille sommaire avant d'être conduit au poste de police. À leur arrivée vers 0 h 54, tous trois se rendent dans deux salles adjacentes séparées par une fenêtre. L'agent Boissonneault, technicien qualifié, entre à l'intérieur de la salle d'alcootest pour préparer l'appareil et procéder à un test de contrôle. L'agent Cousineau accompagne quant à lui l'intimé dans la salle d'interrogatoire, puis rejoint l'agent Boissonneault dans la salle d'alcootest adjacente pendant que l'intimé exerce confidentiellement son droit à l'assistance

observed the respondent through the window while he placed a call to his counsel, which ended at around 1:05 a.m.

[7] At 1:08 a.m., Constable Boissonneault gave the respondent a first breathalyzer test, which showed 157 mg of alcohol in 100 ml of blood. During the statutory waiting period prior to the second test, the respondent was alone with Constable Cousineau in the interrogation room. At 1:30 a.m., Constable Boissonneault administered the second breathalyzer test, which showed 148 mg of alcohol in 100 ml of blood. Both results were therefore over the legal limit, with a difference of less than 10 mg. The respondent was then charged with operating a motor vehicle while his ability to do so was impaired by alcohol and with operating a motor vehicle with a blood alcohol level exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. Only the second charge is in issue here.

B. *Procedural History*

(1) Court of Québec

[8] At trial in the Court of Québec, the parties agreed that the court should begin by determining whether Constable Boissonneault had breached the duty to operate the breathalyzer properly by failing to observe the accused himself for a period of 15 or 20 minutes before administering each test. The accused argued that, in such a case, the presumptions were rebutted, which had to lead to his acquittal in the absence of additional evidence from the Crown.

[9] Only Constable Boissonneault testified for the Crown, and the trial judge rendered his decision from the bench. The trial judge found that, while the technician was not required to observe the accused himself, the period during which Constable Cousineau had done so was not continuous. He then stated that, since the general purpose of the observation procedure is to ensure the reliability of the results, his finding that the procedure had not been followed in this case was sufficient to raise a reasonable doubt. He did not refer to any additional evidence in this regard. He therefore acquitted the respondent of the

d'un avocat. L'agent Cousineau observe l'intimé par la fenêtre durant l'appel à son avocat, qui se termine vers 1 h 05.

[7] L'agent Boissonneault fait passer à l'intimé un premier test d'alcoolémie à 1 h 08, lequel indique un taux de 157 mg d'alcool par 100 ml de sang. Durant la période d'attente légale précédant le second test, l'intimé attend dans la salle d'interrogatoire seul avec l'agent Cousineau. L'agent Boissonneault effectue le second test d'alcoolémie à 1 h 30, lequel indique un taux de 148 mg d'alcool par 100 ml de sang. Les deux résultats obtenus se situent donc au-dessus de la limite légale, avec un écart de moins de 10 mg. L'intimé est alors accusé d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire ce véhicule était affaiblie par l'alcool, ainsi que de conduite d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Seul le deuxième chef d'accusation est en cause ici.

B. *Historique procédural*

(1) Cour du Québec

[8] Au procès devant la Cour du Québec, les parties conviennent de trancher d'abord la question de savoir si l'agent Boissonneault a manqué à l'obligation d'utiliser correctement l'alcootest en omettant d'observer lui-même l'accusé durant une période de 15 ou 20 minutes avant de procéder à chaque test. Selon l'accusé, les présomptions sont réfutées dans un tel cas, ce qui doit, en l'absence de preuve à charge supplémentaire, entraîner son acquittement.

[9] Seul l'agent Boissonneault témoigne pour le ministère public et le juge du procès rend sa décision séance tenante. Ce dernier conclut que, bien que le technicien ne soit pas tenu d'observer lui-même l'accusé, la période pendant laquelle l'agent Cousineau s'est acquitté de cette tâche n'était pas continue. Il affirme ensuite que, comme la procédure d'observation a pour objectif général d'assurer la fiabilité des résultats, sa conclusion selon laquelle celle-ci n'a pas été respectée en l'espèce suffit pour soulever un doute raisonnable. Il ne mentionne aucun élément additionnel à ce chapitre. Il acquitte donc l'intimé

second charge, and the Crown stated that it had no evidence to adduce on the first charge.

(2) Quebec Superior Court, 2015 QCCS 4369

[10] Since it was of the view that the evidence required to rebut the presumptions had not been adduced, the Crown appealed as of right to the Superior Court, which allowed the appeal, set aside the judgment of acquittal and ordered a new trial. Zigman J. relied on the principles enunciated in *R. v. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382, and concluded as follows:

[TRANSLATION] The Court agrees with the principles stated by the Alberta Court of Appeal at paragraph 47 of *So*, and it therefore concludes that in this case, the trial judge did not properly apply the law and made a fatal error of law in acquitting the [respondent]. [para. 10 (CanLII)]

[11] In *So*, the Alberta Court of Appeal had summarized the burden of proof that rests on an accused in such circumstances as follows:

To rebut the statutory presumptions an accused must establish to the reasonable doubt standard: (a) a deficiency in the functioning or operation of the instrument; and (b) that the deficiency directly related to the reliability of the breath test results. [para. 47]

(3) Quebec Court of Appeal, 2017 QCCA 1033

[12] The respondent subsequently sought leave to appeal to the Court of Appeal on a question of law, which was granted. A majority of the Court of Appeal set aside the Superior Court's judgment and restored the verdict of acquittal. All of the judges agreed that an accused must not only establish that the breathalyzer was operated improperly, but must also adduce evidence tending to show that its improper operation [TRANSLATION] "[could] influence the result" (paras. 38 and 69 (CanLII)). In short, the deficiency alleged must be serious enough to raise a reasonable doubt (*St-Onge Lamoureux*, at para. 59). In the instant case, the majority found that

du second chef d'accusation et le ministère public déclare n'avoir aucune preuve à offrir sur le premier.

(2) Cour supérieure du Québec, 2015 QCCS 4369

[10] D'avis que la preuve nécessaire pour réfuter les présomptions n'a pas été présentée, le ministère public interjette appel de plein droit devant la Cour supérieure, qui accueille l'appel, casse le jugement d'acquiescement et ordonne la tenue d'un nouveau procès. Le juge Zigman s'appuie sur les enseignements de l'arrêt *R. c. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382, et conclut ceci :

Le Tribunal est d'accord avec les principes énoncés par la Cour d'appel de l'Alberta au paragraphe 47 de *So* et, en conséquence, conclut que dans la présente affaire, le juge de première instance n'a pas appliqué correctement la loi, et a commis une erreur de droit qui est déterminante, quand il a acquitté l'[intimé]. [par. 10 (CanLII)]

[11] Dans l'arrêt *So*, la Cour d'appel de l'Alberta avait résumé ainsi le fardeau de preuve incombant à l'accusé en pareilles circonstances :

[TRADUCTION] Pour réfuter les présomptions établies par la loi, l'accusé doit établir selon la norme du doute raisonnable l'existence a) d'une défaillance dans le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil, et b) d'un lien direct entre cette défaillance et la fiabilité des résultats de l'alcootest. [par. 47]

(3) Cour d'appel du Québec, 2017 QCCA 1033, 39 C.R. (7th) 123

[12] L'intimé sollicite par la suite l'autorisation d'en appeler devant la Cour d'appel sur une question de droit, laquelle est accordée. La Cour d'appel, à la majorité, infirme le jugement de la Cour supérieure et rétablit le verdict d'acquiescement. Tous les juges sont d'accord pour dire qu'un accusé doit non seulement établir l'utilisation incorrecte de l'alcootest, mais également offrir une preuve tendant à démontrer que celle-ci est « susceptible [d']influencer le résultat » (par. 38 et 69). En somme, la défaillance soulevée doit être suffisamment sérieuse pour susciter un doute raisonnable (*St-Onge Lamoureux*, par. 59). Les juges majoritaires estiment qu'en l'espèce, cette

this determination essentially concerned a question of fact and that the Superior Court had erred in intervening absent an unreasonable assessment of the evidence by the trial judge. The dissenting judge would have upheld the Superior Court's decision on the ground that "[t]he [Court of Québec] judge was not faced with evidence showing a deficiency [that could] affect the result" (para. 71).

II. Analysis

[13] The only real issue is how, in cases where there is evidence that an instrument was operated improperly (the respondent not having challenged the functioning of the instrument), the accused can show that this defect tends to cast doubt on the reliability of the results. The heart of the dispute comes down to the following: is evidence that is purely theoretical sufficient for this purpose?

[14] While it is not impossible that abstract evidence alone may sometimes meet the requirement of raising a reasonable doubt about the reliability of results, it is more likely that evidence that relates more concretely to the facts in issue will be required. This was the case here: without such evidence, the accused's argument was in the realm of speculation and could not satisfy the reasonable doubt test (*St-Onge Lamoureux*, at paras. 52-53).

[15] As a result, I do not agree with the respondent's argument that it was enough in this case to show that the procedural defect in issue could, in theory, compromise reliability. Relying on such evidence amounts to accepting a [TRANSLATION] "mere hypothetical possibility", which is clearly not sufficient to raise a reasonable doubt (*R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 30). Moreover, it is important to remember that the respondent was searched twice, that he was monitored by the police officers and that the two test results were consistent, which means that if there was a digestive issue that had a distorting effect, it must have occurred before each test and affected each result in the same way. In this context, the mere improper operation alleged by the respondent did not in itself tend to show that the reliability

conclusion portait essentiellement sur une question de fait et que la Cour supérieure a commis une erreur en intervenant en l'absence d'une appréciation déraisonnable de la preuve par le premier juge. La juge dissidente aurait quant à elle maintenu la décision de la Cour supérieure au motif que « [l]e juge [de la Cour du Québec] ne disposait pas d'une preuve démontrant une défaillance susceptible d'affecter le résultat » (par. 71).

II. Analyse

[13] La seule question véritablement en litige est celle de savoir comment, dans l'hypothèse d'une preuve d'utilisation incorrecte d'un appareil (le fonctionnement de l'appareil n'ayant pas été remis en cause par l'intimé), un accusé peut démontrer que ce vice tend à mettre en doute la fiabilité des résultats. Le cœur du désaccord se résume à ceci : une preuve purement théorique est-elle suffisante à ce chapitre?

[14] Bien qu'il ne soit pas exclu qu'une démonstration abstraite puisse parfois satisfaire, à elle seule, à l'obligation de soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats, il est plus probable qu'une preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause soit requise. C'était le cas ici : sans une telle preuve, l'argument de l'accusé s'inscrit dans le domaine de la conjecture et ne peut respecter le critère du doute raisonnable (*St-Onge Lamoureux*, par. 52-53).

[15] En conséquence, je ne souscris pas à l'argument de l'intimé selon lequel démontrer que le vice de procédure en cause peut théoriquement compromettre la fiabilité suffisait en l'espèce. Se contenter d'une telle preuve équivaut à avaliser une « simple possibilité théorique », ce qui est nettement insuffisant pour soulever un doute raisonnable (*R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 30). Du reste, il est important de rappeler à ce sujet que l'intimé a été fouillé à deux reprises, qu'il a été soumis à la surveillance des policiers et que les tests révèlent deux résultats cohérents entre eux, de sorte que s'il y a eu un phénomène digestif perturbateur, celui-ci doit s'être produit avant chacun des tests et en avoir influencé de la même façon chacun des résultats. Dans ce contexte, la simple utilisation incorrecte invoquée

of the results was in doubt. The minimum evidence required for this purpose was simply not adduced.

[16] I do not rule out the possibility that improper operation may be so serious or so closely connected with reliability that it will be sufficient in itself to raise a reasonable doubt about the reliability of the results obtained. In short, it does not matter whether the possible impact on reliability is inferred from the actual nature of the defect, from the extent of the defect or from other external circumstances. What is essential is that the possibility that the defect affected the reliability of the results is serious enough to raise a reasonable doubt. Bélanger J.A., dissenting in the Court of Appeal, noted the following on this point:

[TRANSLATION] Although expert evidence is not essential, concrete evidence must be tendered to show that the improper operation or malfunctioning of the instrument may be linked to the results (as opposed to the necessity to show that improper operation did in fact lead to unreliable results). In sum, the evidence should not be mere hypothesis or conjecture. [para. 75]

I agree entirely with her analysis. The Court of Québec judge did not point to any concrete evidence in this regard, and for good reason: beyond conjecture and speculation, the evidence showed nothing. Zigman J. of the Superior Court correctly found that there was no evidence tending to cast doubt on the reliability of the results, and the majority of the Court of Appeal erred in reversing his decision.

[17] An intervener, the Criminal Lawyers' Association, argues that it would be impossible for an accused to testify about his or her alcohol consumption or digestive problems without contravening s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* The intervener is mistaken. It is well established that challenges to the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* can be based only on issues relating to the proper functioning and proper operation of an instrument. However, an accused who testifies to establish that he or she had a digestive problem is not seeking thereby to show that the instrument was operated improperly. Rather, the

par l'intimé ne tend pas à elle seule à démontrer que la fiabilité des résultats est mise en doute. La preuve minimale requise à cet égard n'a tout simplement pas été présentée.

[16] Je n'exclus pas la possibilité qu'une utilisation incorrecte soit si grave ou si intimement liée à la fiabilité qu'elle suffise à elle seule à soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats obtenus. En somme, que l'incidence possible sur la fiabilité se déduise de la nature même du vice, de son ampleur ou d'autres circonstances externes importe peu. Ce qui est essentiel, c'est que la possibilité que le vice ait influé sur la fiabilité des résultats soit suffisamment sérieuse pour soulever un doute raisonnable. La juge Bélanger, dissidente en Cour d'appel, souligne à ce propos :

Quoiqu'une preuve d'expert ne soit pas essentielle, il doit y avoir une preuve concrète que la mauvaise utilisation ou le fonctionnement défaillant ait pu avoir un lien possible avec les résultats (par opposition à la nécessité de démontrer que dans les faits, l'utilisation incorrecte a engendré des résultats non fiables). Bref, la preuve ne doit pas tendre à démontrer une simple supputation ou hypothèse. [par. 75]

Je souscris entièrement à son analyse. Le juge de la Cour du Québec n'a relevé aucun élément concret à ce sujet, et pour cause : au-delà des suppositions ou des hypothèses, la preuve ne révèle rien. Le juge Zigman de la Cour supérieure a eu raison de conclure à l'absence d'une preuve tendant à mettre en doute la fiabilité des résultats et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en infirmant sa décision.

[17] L'intervenante Criminal Lawyers' Association prétend qu'il serait impossible pour l'accusé de témoigner sur sa consommation d'alcool ou ses maux digestifs sans contrevenir à l'al. 258(1)d.01) *C. cr.* Elle a tort. Il est acquis que les contestations mettant en cause les présomptions prévues à l'al. 258(1)c) *C. cr.* sont limitées aux questions relatives au bon fonctionnement et à l'utilisation correcte de l'appareil. Cependant, l'accusé qui établit par son témoignage l'existence d'un problème digestif ne cherche pas par le fait même à démontrer l'utilisation incorrecte de l'appareil. Il offre plutôt une preuve

accused is providing concrete, rational evidence that the reliability of the results may have been affected, after first identifying a deficiency in the operation of the instrument. This distinction is crucial. Of course, the fact that such testimonial evidence is admissible does not make it compulsory.

[18] Moreover, I do not agree with the respondent, who maintains that he did not present a “burping defence” because that defence relates solely to s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* The burping defence was an essential part of his arguments. He argued that the improper operation of the instrument cast doubt on the reliability of the results precisely because, in such a case, the police might not notice certain digestive issues that can have a distorting effect: the discussion during the hearing before the Court of Québec judge confirms that this question was central to the respondent’s submissions.

[19] Ultimately, in light of the material in the record, and particularly the consistency of the results, there was absolutely no evidence tending to show that the alleged defect cast doubt on the reliability of the results. That defect therefore could not form the basis for a reasonable doubt. In addition, acceptance of theoretical evidence based on speculation reflects a misinterpretation of the accused’s burden of proof, which is an error of law. The Superior Court did not err in setting aside the respondent’s acquittal and ordering a new trial.

English version of the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Overview

[20] It was held in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, at para. 27, that the evidentiary scheme applicable to offences involving driving with a blood alcohol level over the legal limit infringes the right to be presumed innocent guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. One reason why this infringement is justified in part is because of the recognized

concrète et rationnelle d’une possible incidence sur la fiabilité des résultats, et ce, après avoir préalablement constaté une défaillance dans l’utilisation de celui-ci. Cette distinction est cruciale. Il va sans dire que le fait qu’une telle preuve testimoniale soit admissible ne la rend pas pour autant obligatoire.

[18] En outre, je ne suis pas d’accord avec l’intimé, qui soutient ne pas avoir présenté de « défense d’éruclation », puisque cette dernière relèverait uniquement de l’al. 258(1)d.1) *C. cr.* Cette défense constituait un élément essentiel de son argumentation. En effet, l’intimé a plaidé que, si l’utilisation incorrecte de l’appareil permettait de mettre en doute la fiabilité des résultats, c’était précisément parce que certains phénomènes digestifs perturbateurs pouvaient dans un tel cas échapper aux policiers : les échanges lors de l’audience devant le juge de la Cour du Québec confirment que cette question était au cœur des représentations de l’intimé.

[19] Au bout du compte, eu égard aux éléments au dossier et notamment à la cohérence des résultats, il y avait absence totale de preuve tendant à démontrer que le vice invoqué permettait de mettre en doute la fiabilité des résultats et celui-ci ne pouvait donc fonder de doute raisonnable. De plus, se satisfaire d’une preuve théorique qui relève de la conjecture traduit une interprétation erronée du fardeau de preuve incombant à l’accusé, ce qui constitue une erreur de droit. La Cour supérieure n’a pas commis d’erreur en annulant l’acquiescement de l’intimé et en ordonnant un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Aperçu

[20] L’arrêt *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, par. 27, établit que le régime de preuve applicable aux infractions liées à la conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise porte atteinte à la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si cette atteinte est en partie justifiée, c’est notamment en raison de la fiabilité

reliability of breathalyzer test results. However, the reliability of the results is itself contingent on the proper functioning and proper operation of the instrument. Where an accused raises a reasonable doubt in this regard, there is no longer any basis for the presumptions of accuracy and identity created by s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”),¹ and those presumptions must be discarded.

[21] In the instant case, the trial judge found that the qualified technician’s testimony tended to show that the observation period required prior to the administration of the breathalyzer test had not been complied with and that this was sufficient to raise a reasonable doubt about the reliability of the results and thus to deprive the prosecution of the benefit of the statutory presumptions. In my view, the trial judge made no error of law that would warrant appellate intervention. The issue is ultimately one of weighing of evidence, and the acquittal must therefore be upheld.

[22] To require, as the majority does in practice, evidence tending to show that the improper operation of the breathalyzer in fact led to inaccurate results — for example, in this case, by imposing an obligation on the accused to testify about his physiological reactions (such as burping) — would upset the delicate balance between the constitutional rights of accused persons and Parliament’s objectives. Coupled with the recent majority judgment in *R. v. Gubbins*, 2018 SCC 44, [2018] 3 S.C.R. 35, which held that breathalyzer maintenance records are not available under first party disclosure, such a requirement would render even more illusory the defences on which the constitutionality of the evidentiary scheme at issue in *St-Onge Lamoureux* depends.

[23] Therefore, I will briefly discuss this Court’s reasoning in *St-Onge Lamoureux*. Then, I will provide

reconnue des résultats d’alcooltest. Cependant, cette fiabilité est elle-même tributaire du bon fonctionnement et de l’utilisation correcte de l’appareil. Lorsque l’accusé soulève un doute raisonnable à cet égard, les présomptions d’exactitude et d’identité prévues à l’al. 258(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »)¹, n’ont plus lieu d’être et doivent être écartées.

[21] Dans la présente affaire, le juge du procès a conclu que le témoignage du technicien qualifié tendait à démontrer que la période d’observation requise avant l’administration de l’alcooltest n’avait pas été respectée, ce qui suffisait à soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats et, par conséquent, à faire perdre à la poursuite le bénéfice des présomptions légales. Je suis d’avis que le juge du procès n’a commis aucune erreur de droit qui justifierait l’intervention d’une cour d’appel. Il s’agit en définitive d’une question d’appréciation de la preuve et l’acquittalment doit par le fait même être confirmé.

[22] Exiger, comme le fait en pratique la majorité, une preuve tendant à démontrer que l’utilisation incorrecte de l’alcooltest a entraîné dans les faits des résultats inexacts — par exemple, dans ce cas-ci, en imposant à l’accusé l’obligation de témoigner de ses réactions physiologiques (une éructation par exemple) — viendrait rompre l’équilibre fragile entre les droits constitutionnels de l’accusé et les objectifs du législateur. Jumelée au récent jugement majoritaire dans *R. c. Gubbins*, 2018 CSC 44, [2018] 3 R.C.S. 35, selon lequel les registres d’entretien des alcooltests échappent à l’obligation de communication de la preuve incombant à la partie poursuivante, cette exigence rendrait encore plus illusoirs les moyens de défense dont dépend la constitutionnalité du régime de preuve en cause dans *St-Onge Lamoureux*.

[23] Je reviendrai donc brièvement sur le raisonnement de notre Cour dans *St-Onge Lamoureux*.

¹ The Act to amend the Criminal Code (offences relating to conveyances) and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2018, c. 21, which received royal assent on June 21, 2018, repeals s. 258(1)(c) *Cr. C.* and replaces it with s. 320.31(1). The amendment will come into force on December 18, 2018.

¹ La Loi modifiant le Code criminel (infractions relatives aux moyens de transport) et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois, L.C. 2018, c. 21, qui a reçu la sanction royale le 21 juin 2018, abroge l’al. 258(1)c) *C. cr.* et le remplace par le par. 320.31(1). La modification entrera en vigueur le 18 décembre 2018.

some clarification concerning the respective burdens of the defence and the Crown with regard to the functioning and operation of the breathalyzer. I will then consider the facts of this case in order to demonstrate that the original verdict of acquittal is, in my view, unimpeachable. Lastly, I will conclude by emphasizing that it would be unfair to order a new trial given the fact that the Crown is relying on arguments made for the first time on appeal.

II. Analytical Framework

A. *Compliance With the Relevant Procedures Underpins the Constitutionality of the Presumptions in Section 258(1)(c) Cr. C.*

[24] Essentially, this appeal requires the Court to consider the burden resting on an accused who seeks to counter the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* as well as the type of evidence that the accused must adduce to discharge that burden.

[25] My position is based, as it was in the recent decision in *Gubbins*, on the majority reasons in *St-Onge Lamoureux*. In the instant case, the majority also acknowledges the relevance of *St-Onge Lamoureux*, but in my view, and with respect, it departs from that decision. The reason why the validity of the evidentiary scheme applicable to offences involving driving with a blood alcohol level over the legal limit was upheld in part in *St-Onge Lamoureux*, despite the infringement of the right to be presumed innocent (paras. 24 and 27-28), was notably because there was still a real possibility that the accused could counter the statutory presumptions by raising a reasonable doubt about the proper operation of the breathalyzer.

[26] Although the scientific evidence adduced in *St-Onge Lamoureux* demonstrated the reliability of breathalyzers, it also highlighted the importance of following the relevant procedures faithfully in order to obtain accurate results:

The expert evidence filed in the instant case reveals that the possibility of an instrument malfunctioning or being used

J’apporterai ensuite certaines précisions sur les fardeaux respectifs de la défense et du ministère public en ce qui a trait au fonctionnement et à l’utilisation de l’alcootest. Je poursuivrai en examinant les faits de la présente affaire afin de démontrer que le verdict initial d’acquiescement est, selon moi, inattaquable. Enfin, je conclurai en soulignant qu’il serait injuste d’ordonner un nouveau procès, compte tenu du fait que le ministère public s’appuie sur des arguments présentés pour la première fois en appel.

II. Cadre d’analyse

A. *Le respect des procédures pertinentes sous-tend la constitutionnalité des présomptions prévues à l’al. 258(1)c) C. cr.*

[24] Pour l’essentiel, la Cour est appelée en l’espèce à examiner le fardeau imposé à l’accusé qui entend repousser les présomptions d’exactitude et d’identité prévues à l’al. 258(1)c) *C. cr.*, ainsi que le type de preuve que celui-ci doit présenter pour satisfaire à ce fardeau.

[25] Tout comme dans le récent arrêt *Gubbins*, ma position repose sur les motifs des juges majoritaires dans *St-Onge Lamoureux*. Dans la présente affaire, la majorité reconnaît elle aussi la pertinence de cet arrêt, mais, à mon avis, et avec égards, elle s’en écarte. Si la validité du régime de preuve applicable aux infractions liées à la conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise a été partiellement confirmée dans *St-Onge Lamoureux*, malgré l’atteinte à la présomption d’innocence (par. 24 et 27-28), c’est notamment parce que l’accusé conserve la possibilité réelle de repousser les présomptions légales en soulevant un doute raisonnable quant à l’utilisation correcte de l’alcootest.

[26] Bien que la preuve scientifique produite dans l’affaire *St-Onge Lamoureux* ait démontré la fiabilité des alcootests, cette même preuve a également fait ressortir l’importance de respecter fidèlement les procédures pertinentes afin d’obtenir des résultats exacts :

La preuve d’expertise produite dans la présente instance révèle que la possibilité de mauvais fonctionnement ou de

improperly when breath samples are taken is not merely speculative, but is very real. . . .

. . . Thus, human error can occur when samples are taken and at various steps in the maintenance of the instruments, which, it should be mentioned, are used Canada-wide. Hodgson’s report, which the prosecution itself relied on as a source of the statutory amendments, refers to the importance of proper operation and maintenance:

. . . to achieve scientifically sound results in operational use, user agencies must ensure that approved instruments are operated by qualified personnel using procedures based on good laboratory practice. [p. 83] [Emphasis added; paras. 25-26.]

(See also paras. 26, 38, 41 and 72.)

[27] In discussing the relevant procedures for ensuring the reliability of results, the Court gave the specific example of the period during which the accused must be observed prior to the test:

The Alcohol Test Committee (“Committee”) of the Canadian Society of Forensic Science (“CSFS”) has made a series of recommendations concerning the procedures to be followed by the professionals who operate the instruments The Committee states that before collecting a breath sample, the qualified technician must, among other things, observe the test subject for 15 minutes [Emphasis added; para. 25.]

(See also *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, at paras. 92-94 (CanLII), cited at para. 35 of *St-Onge Lamoureux*.)

[28] In determining whether the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*, the Court expressly emphasized the fact that the constitutionality of the provisions at issue depended, among other things, on “whether it is possible, and how easy it is, for the accused to rebut the presumption” (paras. 30-31 (emphasis added)).

[29] In this regard, the Court found that only the first of the three requirements imposed on the accused by s. 258(1)(c) *Cr. C.* — that of adducing

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. . . .

. . . Il peut donc se produire des erreurs humaines au cours du processus de prélèvement et aux diverses étapes d’entretien de ces appareils qui, il faut le noter, sont utilisés à travers tout le Canada. Le rapport Hodgson — que la poursuite elle-même a invoqué comme source des modifications législatives — fait état de l’importance d’une bonne manipulation et d’un bon entretien :

Pour parvenir à des résultats rigoureusement scientifiques lors de leur utilisation sur le terrain, les alcootests approuvés doivent être manipulés par du personnel qualifié suivant des procédures fondées sur de bonnes pratiques de laboratoire. [p. 97] [Je souligne; par. 25-26.]

(Voir aussi par. 26, 38, 41 et 72.)

[27] Parmi les procédures pertinentes pour assurer la fiabilité des résultats, la Cour donne l’exemple précis de la période d’observation préalable du prévenu :

Le Comité des analyses d’alcool (« Comité ») constitué sous l’égide de la Société canadienne des sciences judiciaires (« SCSJ ») a formulé un ensemble de recommandations relatives aux procédures que doivent suivre les professionnels qui opèrent les appareils [. . .] Avant de prélever un échantillon d’haleine, le Comité prévoit que le technicien qualifié doit notamment observer le sujet de l’analyse pendant 15 minutes . . . [Je souligne; par. 25.]

(Voir aussi *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610, par. 92-94, citée au par. 35 de *St-Onge Lamoureux*.)

[28] À l’étape de la justification au regard de l’article premier de la *Charte*, la Cour a insisté expressément sur le fait que la constitutionnalité des dispositions en cause dépendrait notamment de la « possibilité pour la personne accusée de repousser la présomption et la facilité avec laquelle elle peut le faire » (par. 30-31 (je souligne)).

[29] À cet égard, la Cour a conclu que seule la première des trois exigences imposées à l’accusé par l’al. 258(1)c) *C. cr.* — celle de produire une preuve

evidence tending to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly — constituted a reasonable limit on the right to be presumed innocent (para. 3). This burden was justified because it reflected the fact that “the results will be reliable only if the instruments are operated and maintained properly” (para. 41).

[30] The Court declined to specifically determine the nature and scope of the evidence required to show that the instrument was operated improperly (para. 42). However, Deschamps J. made a point of noting the relevance of the recommendations made by the Alcohol Test Committee of the Canadian Society of Forensic Science:

In its recommendations, the CSFS Committee also suggested mechanisms for ensuring that the instruments function properly and for assuring the quality of breath alcohol analyses. It can be inferred from these recommendations that the instruments may not function optimally if the suggested procedures are not followed. [Emphasis added; para. 43.]

[31] It was therefore in light of the fact that it was possible for the accused to show that the relevant procedures had not been followed — in which case the reliability of the results could not be assumed — that the Court ultimately concluded that the first requirement imposed by s. 258(1)(c) *Cr. C.* was justified under s. 1 of the *Charter*. In my view, that conclusion sheds light on the burden resting on an accused who seeks to counter the statutory presumptions.

B. *An Accused Who Seeks to Counter the Presumptions in Section 258(1)(c) Cr. C. Bears Only the Burden of Raising a Reasonable Doubt About Improper Operation of the Breathalyzer That Could Affect the Reliability of the Results*

[32] I am not suggesting that *St-Onge Lamoureux* elevated the various recommendations concerning the operation of breathalyzers — including that there be a period of observation of the accused — to the level of statutory conditions that the Crown must meet to benefit from the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* The only applicable

tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil — constitue une limite raisonnable à la présomption d'innocence (par. 3). En effet, ce fardeau se justifie puisqu'il respecte le fait que « les résultats ne seront fiables que dans la mesure où les appareils sont bien utilisés » (par. 41).

[30] La Cour s'est abstenue de circonscrire avec précision la nature et l'étendue de la preuve requise pour démontrer une utilisation incorrecte de l'appareil (par. 42). La juge Deschamps a cependant pris soin de signaler la pertinence des recommandations du Comité des analyses d'alcool constitué sous l'autorité de la Société canadienne des sciences judiciaires :

Dans ses recommandations, le Comité de la SCSJ suggère également des mécanismes pour assurer le bon fonctionnement des appareils et la qualité des analyses d'alcoolémie. Il est possible d'inférer de ces recommandations que, si les procédures suggérées ne sont pas suivies, le fonctionnement des appareils pourrait ne pas être optimal. [Je souligne; par. 43.]

[31] C'est donc en tenant compte de la possibilité pour l'accusé de démontrer que les procédures pertinentes n'ont pas été suivies — auquel cas la fiabilité des résultats ne peut être tenue pour acquise — que la Cour a finalement conclu que la première exigence de l'al. 258(1)c) *C. cr.* était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. À mon avis, ce constat nous éclaire sur le fardeau imposé à l'accusé qui entend repousser les présomptions légales.

B. *Le fardeau imposé à l'accusé qui entend repousser les présomptions prévues à l'al. 258(1)c) C. cr. se limite à soulever un doute raisonnable quant à une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats*

[32] Je ne prétends point que l'arrêt *St-Onge Lamoureux* a élevé les diverses recommandations relatives à l'utilisation des alcootests — y compris le respect d'une période d'observation du prévenu — au rang de conditions législatives auxquelles le ministère public devrait satisfaire pour bénéficier des présomptions d'exactitude et d'identité prévues à

statutory conditions are those imposed by Parliament in s. 258(1)(c)(ii) to (iv).

[33] As noted by the majority of the Quebec Court of Appeal, an accused who seeks to counter the statutory presumptions bears only the burden of adducing evidence tending to show a malfunction or improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results; the accused is not required to show that the results are in fact inaccurate (2017 QCCA 1033, at paras. 38, 41, 56 and 60 (CanLII)). It is also clear that the evidence in question need only raise a reasonable doubt in this regard (*St-Onge Lamoureux*, at para. 16; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397, at para. 17).

[34] This formulation of the burden is consistent with *St-Onge Lamoureux*, which simply requires evidence of a “defect that could cast doubt on the reliability of the results” (para. 63; see also paras. 41 and 48), and with the principles enunciated in *R. v. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382, at paras. 44 and 47.

[35] Like the Crown, the majority purports to accept that the burden on the accused is simply to raise a reasonable doubt about the *reliability* of the results by means of evidence tending to show that the breathalyzer was malfunctioning or was operated improperly (majority reasons, at para. 4). Yet by requiring “evidence that relates more concretely to the facts in issue” (para. 14) — what it refers to as the “practical element” — the majority is effectively imposing an obligation on the accused to cast doubt on the *accuracy* of the results on the facts of the case. With respect, I consider it contrary to this Court’s reasoning in *St-Onge Lamoureux* to impose such a burden, since it amounts to resurrecting, in attenuated form, the second requirement in s. 258(1)(c) *Cr. C.* It will be recalled that this Court held in *St-Onge Lamoureux* that this second requirement — that of demonstrating a connection between the deficiency and the results indicating a blood alcohol level exceeding the legal limit — constituted a serious infringement of the right to be presumed innocent that could not be justified (para. 59).

l’al. 258(1)c) *C. cr.* Les seules conditions législatives applicables sont celles imposées par le législateur aux sous-al. 258(1)c)(ii) à (iv).

[33] Comme l’ont affirmé les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec, le fardeau imposé à l’accusé qui entend repousser les présomptions légales se limite à produire une preuve tendant à démontrer un mauvais fonctionnement ou une utilisation incorrecte de l’alcootest susceptible d’affecter la fiabilité des résultats, sans toutefois requérir de démontrer dans les faits l’inexactitude des résultats (2017 QCCA 1033, 39 C.R. (7th) 123, par. 38, 41, 56 et 60). Il va de soi, par ailleurs, que la preuve en question n’a qu’à soulever un doute raisonnable à cet égard (*St-Onge Lamoureux*, par. 16; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397, par. 17).

[34] Cette formulation est conforme à l’arrêt *St-Onge Lamoureux*, qui insiste simplement sur la preuve d’un « vice de nature à mettre en doute la fiabilité des résultats » (par. 63; voir aussi par. 41 et 48), de même qu’aux enseignements de l’arrêt *R. c. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382, par. 44 et 47.

[35] Tout comme le ministère public, la majorité dit accepter que le fardeau de l’accusé se résume à soulever un doute raisonnable quant à la *fiabilité* des résultats en s’appuyant sur une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcootest (motifs majoritaires, par. 4). Pourtant, en exigeant une « preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause » (par. 14), ce qu’elle appelle le « volet pratique », la majorité impose en réalité à l’accusé l’obligation de mettre en doute l’*exactitude* des résultats dans les faits de l’affaire. Avec égards, j’estime que ce fardeau va à l’encontre du raisonnement de notre Cour dans *St-Onge Lamoureux*. En effet, un tel fardeau revient à faire renaître sous une forme atténuée la seconde exigence de l’al. 258(1)c) *C. cr.* Rappelons que l’arrêt *St-Onge Lamoureux* établit que cette deuxième exigence — soit celle de démontrer un lien entre la défaillance et les résultats indiquant une alcoolémie supérieure à la limite permise — constitue une atteinte sérieuse à la présomption d’innocence qui ne peut être justifiée (par. 59).

[36] It is no accident that *St-Onge Lamoureux* requires evidence that raises a reasonable doubt about the *reliability* rather than the *accuracy* of the results. These two terms, though related, do not have the same meaning. The former refers, in its technical sense, to the [TRANSLATION] “[a]bility of a system . . . to function without incident for a period of time” and, by extension, to the “[n]ature of [something that can be relied on]” (*Le Petit Robert* (new ed. 2012), at p. 1036, definition of “*fiabilité*” (reliability)). The latter refers to “[c]onformity to the truth” (p. 964, definition of “*exactitude*” (accuracy)). In *St-Onge Lamoureux*, the Court could have required the accused to rebut the presumption of *accuracy* by adducing evidence that raised a reasonable doubt about the *accuracy* of the results. Instead, the Court asked the accused to raise a reasonable doubt about the *reliability* of the results. In my opinion, this distinction is significant.

[37] Simply put, where the evidence tends to show — on the reasonable doubt standard — that the malfunctioning or improper operation of the breathalyzer increased the *possibility* of an inaccurate result, then *reliability* is affected and the accused has met his or her burden. The accused does not have to tender additional evidence in order to directly raise a reasonable doubt about the *accuracy* of the results on the facts of the case. In practice, it will be sufficient to adduce evidence tending to show that a recommended procedure was not faithfully followed and that the purpose of the procedure is to ensure the reliability of the results. In my view, this is a “defect that could cast doubt on the reliability of the results” within the meaning of *St-Onge Lamoureux* (emphasis added). The accused’s burden ends there, because the application of the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* is justified only insofar as the relevant procedures are complied with (see *St-Onge Lamoureux*, at paras. 27, 38, 41, 43 and 63).

[38] The burden then shifts to the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the deficiency in question had no impact on the *accuracy* of the results on the facts of the case. In *St-Onge Lamoureux*, Deschamps J. noted that there is nothing excessive about this reverse onus: “[B]eing the party that has to prove that there is no connection after the accused

[36] Ce n’est pas par hasard que l’arrêt *St-Onge Lamoureux* requiert une preuve de nature à soulever un doute raisonnable quant à la *fiabilité* plutôt que quant à l’*exactitude* des résultats. Bien qu’ils soient liés, ces deux termes n’ont pas le même sens. Le premier désigne, dans son sens technique, l’« [a]ptitude d’un système [. . .] à fonctionner sans incidents pendant un temps donné », et, par extension, le « [c]aractère d’une chose [à laquelle on peut se fier] » (*Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012), p. 1036). Le second renvoie à la « [c]onformité avec la réalité » (p. 964). Dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour aurait pu exiger que l’accusé réfute la présomption d’*exactitude* en présentant une preuve soulevant un doute raisonnable quant à l’*exactitude* des résultats. Or, la Cour a plutôt invité l’accusé à soulever un doute raisonnable à l’égard de la *fiabilité* des résultats. Selon moi, cette nuance est significative.

[37] En clair, lorsque la preuve tend à démontrer — selon la norme du doute raisonnable — que le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcooltest a augmenté la *possibilité* d’un résultat inexact, la *fiabilité* s’en trouve affectée, et l’accusé a satisfait à son fardeau. Ce dernier n’a pas à produire une preuve additionnelle afin de soulever directement un doute raisonnable quant à l’*exactitude* des résultats dans les faits de l’affaire. En pratique, il suffira de présenter une preuve tendant à démontrer qu’une procédure recommandée n’a pas été suivie fidèlement, et que cette procédure vise à assurer la fiabilité des résultats. Il s’agit, selon moi, d’un « vice de nature à mettre en doute la fiabilité des résultats » au sens de l’arrêt *St-Onge Lamoureux* (je souligne). Le fardeau de l’accusé s’arrête là, puisque l’application des présomptions prévues à l’al. 258(1)(c) *C. cr.* n’est justifiée que dans la mesure où les procédures pertinentes sont respectées (voir *St-Onge Lamoureux*, par. 27, 38, 41, 43 et 63).

[38] Il revient alors au ministère public de prouver, hors de tout doute raisonnable, que la défaillance en cause n’a eu aucune incidence sur l’*exactitude* des résultats dans les faits de l’affaire. La juge Deschamps a d’ailleurs fait remarquer dans *St-Onge Lamoureux* que ce renversement du fardeau n’a rien d’excessif : « [L]e fait que la poursuite soit la partie tenue de

has adduced evidence to show that the instrument malfunctioned or was operated improperly does not impose a significant additional burden on the prosecution” (para. 57 (emphasis added)). However, if the Crown fails to discharge this burden, it completely loses the benefit of the statutory presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* As Mr. Cyr-Langlois aptly observes in his factum, [TRANSLATION] “[t]he Crown should not be able to rely on the rigour of the technicians to persuade this Court that the results are reliable and then trivialize the importance of that rigour when the reliability of the results is challenged” (para. 192).

C. A Qualified Technician’s Testimony May Be Sufficient to Counter the Presumptions in Section 258(1)(c) Cr. C.

[39] There is nothing to prevent the accused from relying solely on the qualified technician’s testimony to raise a reasonable doubt about the reliability of the results. As the Court stated in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, at p. 1100, evidence to counter the statutory presumptions may be “sought in depositions given by witnesses of the Crown as well as in depositions of defence witnesses”.

[40] Under the *Criminal Code*, the qualified technician is responsible for the proper operation of the breathalyzer (see, for example, ss. 254(3)(a)(i) and 258(1)(c)(iv)). Where the technician testifies about a recommended procedure, states that its purpose is to ensure the reliability of the results and, finally, admits that he or she did not follow the procedure faithfully or does not know whether it was followed faithfully, the accused is not obliged to tender additional evidence — such as a copy of the training manual in issue — to corroborate the technician’s testimony. That testimony is in itself evidence that can raise a reasonable doubt about the reliability of the results. To take the opposite position would be to disregard the unique role conferred by Parliament on qualified technicians in the context of blood alcohol analysis.

présenter à son tour une preuve d’absence de lien après que la défense aura soumis une preuve mettant en doute le bon fonctionnement ou l’utilisation correcte de l’appareil ne lui impose pas un fardeau additionnel important » (par. 57 (je souligne)). Si toutefois le ministère public ne parvient pas à satisfaire à ce fardeau, il perd définitivement le bénéfice des présomptions légales prévues à l’al. 258(1)c) *C. cr.* Comme le souligne avec justesse M. Cyr-Langlois dans son mémoire, « [l]e ministère public ne doit pas pouvoir utiliser la rigueur des techniciens pour convaincre cette Cour de la fiabilité des résultats, pour ensuite banaliser l’importance de cette même rigueur lorsque la fiabilité des résultats est attaquée » (par. 192).

C. Le témoignage d’un technicien qualifié peut suffire à repousser les présomptions prévues à l’al. 258(1)c) C. cr.

[39] Rien n’empêche l’accusé de s’appuyer uniquement sur le témoignage du technicien qualifié pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats. Comme l’a précisé la Cour dans l’arrêt *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, p. 1100, une preuve visant à repousser les présomptions légales peut être « puisée autant dans les dépositions des témoins du ministère public que dans celles des témoins de la défense ».

[40] Suivant le *Code criminel*, le technicien qualifié est responsable de l’utilisation correcte de l’alcooltest (voir, par exemple, sous-al. 254(3)a)(i) et 258(1)c)(iv)). Lorsque ce technicien témoigne au sujet d’une procédure recommandée, qu’il précise que la procédure en question vise à assurer la fiabilité des résultats, et qu’il admet enfin ne pas avoir suivi celle-ci fidèlement ou ignorer si elle l’a été, l’accusé n’a pas l’obligation de produire une preuve additionnelle — telle une copie du manuel de formation en cause — pour corroborer le témoignage. Il s’agit, en soi, d’une preuve susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats. Adopter la position contraire serait faire fi du rôle unique que le législateur accorde au technicien qualifié en matière d’analyse de l’alcoolémie.

[41] It is for the trier of fact to assess the evidence adduced in order to determine whether it is sufficient to counter the statutory presumptions. Of course, the trier of fact may well find that, in the circumstances, the qualified technician’s testimony does not in itself raise a reasonable doubt, for example because the problems identified are “frivolous or trivial” (*St-Onge Lamoureux*, at paras. 52 and 59).

III. Application to the Facts

A. *The Trial Judge Made No Error of Law*

[42] The trial judge correctly stated the law. He properly noted that the accused must adduce evidence tending to show that the breathalyzer was malfunctioning or was operated improperly and that the deficiency in question must raise a reasonable doubt about the [TRANSLATION] “reliability of the test taken” (A.R., vol. 1, at pp. 3 and 6). His findings of fact on this point are supported by the evidence adduced by the parties. In my opinion, the verdict of acquittal is therefore unimpeachable.

[43] The Crown has not identified any error of law that would warrant this Court’s intervention. Contrary to what it argues, it was deprived of the benefit of the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* not because of a [TRANSLATION] “mere speculative possibility”, but rather because of concrete and specific evidence showing that a relevant procedure — observation of the accused for a period of time — had not been followed and that this deficiency could affect the reliability of the results.

[44] In this regard, I cannot agree with the majority that the trial judge misinterpreted the reasonable doubt standard and that his findings were based on “speculation” (majority reasons, at paras. 14, 15 and 19). This loses sight of the fact that the accused was not required to raise a reasonable doubt as to whether his blood alcohol level exceeded the legal limit, or even about the accuracy of the results on the facts of the case. The reasonable doubt simply had to relate to improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results. On this

[41] Il revient au juge des faits d’apprécier la preuve administrée afin de déterminer si celle-ci est suffisante pour repousser les présomptions légales. Il va sans dire que le juge pourrait très bien considérer que, dans les circonstances, le témoignage du technicien qualifié ne soulève pas en soi un doute raisonnable, par exemple parce que les problèmes constatés sont « futiles ou anodins » (*St-Onge Lamoureux*, par. 52 et 59).

III. Application aux faits

A. *Le juge du procès n’a commis aucune erreur de droit*

[42] Le juge du procès s’est bien dirigé en droit. Il affirme avec raison que l’accusé doit produire une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcootest, et que la défaillance en question doit soulever un doute raisonnable quant à la « fiabilité du test qui a été prélevé » (d.a., vol. 1, p. 3 et 6). Ses conclusions de fait à cet égard trouvent appui dans la preuve produite par les parties. À mon avis, le verdict d’acquittal est par conséquent inattaquable.

[43] Le ministère public n’a décelé aucune erreur de droit qui justifierait l’intervention de la Cour. Contrairement à ce qu’il prétend, ce n’est pas une « simple possibilité conjecturale » qui lui a fait perdre le bénéfice des présomptions prévues à l’al. 258(1)c) *C. cr.*, mais une preuve concrète et précise démontrant qu’une procédure pertinente — la période d’observation du prévenu — n’a pas été suivie, et que cette défaillance était susceptible d’affecter la fiabilité des résultats.

[44] À cet égard, je ne peux souscrire à l’opinion de la majorité voulant que le juge du procès ait mal interprété la norme du doute raisonnable et que ses conclusions relèvent de la « conjecture » (motifs majoritaires, par. 14, 15 et 19). C’est perdre de vue que l’accusé n’a pas à soulever un doute raisonnable quant au fait que l’alcoolémie dépassait la limite permise, ni même quant à l’exactitude des résultats dans les faits de l’affaire. Le doute raisonnable devait simplement porter sur une utilisation incorrecte de l’alcootest susceptible d’affecter la fiabilité des

point, the evidence adduced in the instant case was not “theoretical”.

[45] Moreover, the majority concedes that, in certain circumstances, evidence of improper operation may in itself raise a reasonable doubt about the reliability of the results (para. 16). In my view, this is a matter for the trier of fact to decide, since it involves assessing the sufficiency of the evidence (see *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221, at p. 231; *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373, at pp. 380-81; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592, at p. 608).

B. *The Evidence Adduced at the Hearing Was Sufficient to Counter the Presumptions in Section 258(1)(c) Cr. C.*

[46] In the present case, Mr. Cyr-Langlois adduced relevant evidence concerning the improper operation of the breathalyzer and the trial judge found that that evidence was sufficient to raise a reasonable doubt about the reliability of the results. This Court should therefore not intervene.

[47] First, Constable Boissonneault, the qualified technician, himself stated that the procedures prescribed by the École nationale de police du Québec include a 20-minute observation period. He said that this period is meant to ensure that the accused has not consumed alcohol, vomited, regurgitated or burped before the breath samples are taken, since any of these may leave residual alcohol in the accused’s mouth, which could distort the results. This testimony was more than sufficient to show that a procedure exists for ensuring the reliability of the test results. There was no need to file the training manual of the École nationale de police du Québec, to which the witness referred, or to have an expert testify to corroborate what the witness had said.

[48] Constable Boissonneault’s cross-examination also tends to show that Mr. Cyr-Langlois was not observed during the prescribed period to ensure that no physiological reaction affected the reliability of the results. The qualified technician stated that he

résultats. À ce chapitre, la preuve offerte en l’espèce n’était pas « théorique ».

[45] Qui plus est, la majorité concède qu’il est possible, dans certaines circonstances, que la preuve d’une utilisation incorrecte soulève en elle-même un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats (par. 16). À mon sens, il appartient au juge des faits de se prononcer sur cette question, car il s’agit d’apprécier le caractère suffisant de la preuve (voir *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. c. The Queen*, [1969] R.C.S. 221, p. 231; *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373, p. 380-381; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, p. 608).

B. *La preuve présentée à l’audience suffisait à repousser les présomptions prévues à l’al. 258(1)c) C. cr.*

[46] En l’espèce, M. Cyr-Langlois a présenté une preuve pertinente quant à l’utilisation incorrecte de l’alcootest, et le juge du procès a conclu que cette preuve suffisait à soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats. Notre Cour ne devrait donc pas intervenir.

[47] D’abord, l’agent Boissonneault, le technicien qualifié, a lui-même affirmé que les procédures prescrites par l’École nationale de police du Québec prévoient une période d’observation de 20 minutes. Selon lui, cette période vise à s’assurer que le prévenu n’a pas consommé, vomi, régurgité ou éreucté avant le prélèvement des échantillons d’haleine, ce qui risque d’entraîner la présence d’alcool résiduel dans sa bouche et ainsi de fausser les résultats. Ce témoignage était largement suffisant pour démontrer l’existence d’une procédure visant à assurer la fiabilité des résultats d’analyses. Il n’était pas nécessaire de produire le manuel de formation de l’École nationale de police du Québec auquel le témoin a fait référence, ni de faire témoigner un expert pour corroborer ses observations.

[48] Ensuite, le contre-interrogatoire de l’agent Boissonneault tend également à démontrer que M. Cyr-Langlois n’a pas été observé pendant la période prescrite de manière à s’assurer qu’aucune réaction physiologique n’affecte la fiabilité des

had not observed the accused himself because he had been busy preparing the breathalyzer. Another police officer, Constable Cousineau, did so instead. However, Constable Boissonneault could not confirm that his colleague had observed the accused continuously during the 20-minute period preceding the breathalyzer test. In addition, there was a certain amount of time during which Constable Cousineau was unable to determine whether Mr. Cyr-Langlois burped, since Mr. Cyr-Langlois was alone in a sound-proof room exercising his right to counsel. Constable Boissonneault does not appear to have been concerned about this, even though he acknowledged that, as the qualified technician, he was responsible for ensuring that no physiological reactions occurred before he took the breath samples. As a result, the trial judge could certainly find that the qualified technician's testimony was sufficient to raise a reasonable doubt about compliance with the prescribed observation period.

[49] Ultimately, it was open to the trial judge to find that Mr. Cyr-Langlois had adduced evidence tending to show improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results, and not “simply to show that a deficiency is possible”. In my opinion, this is neither “conjecture” nor “speculation” (majority reasons, at para. 16), since, according to the evidence adduced, the qualified technician administered the tests without faithfully following the prescribed procedure and without ensuring, as he was required to do, that the accused did not have any physiological reaction that could distort the results. The trial judge could therefore have a reasonable doubt about their reliability.

[50] At that point, the accused had discharged his burden under s. 258(1)(c) *Cr. C.* and did not have to adduce any other evidence. As Hogue J.A. of the Quebec Court of Appeal aptly wrote:

[TRANSLATION] In the absence of additional evidence allowing him to conclude that the possibility of the invalid result to which Officer Boissonneault referred could be ruled out, the first instance judge was entitled not to extend the benefit of the presumptions to the prosecution. He did not have to require anything further from the accused. [para. 50]

résultats. Le technicien qualifié a affirmé qu'il n'avait pas lui-même observé le prévenu parce qu'il était occupé à préparer l'alcootest. C'est plutôt un autre policier, l'agent Cousineau, qui s'en serait chargé. Cependant, l'agent Boissonneault n'a pu confirmer que son collègue avait observé le prévenu de manière constante pendant la période de 20 minutes ayant précédé l'alcootest. De plus, pendant un certain laps de temps, l'agent Cousineau ne pouvait déterminer si M. Cyr-Langlois éruçait puisque ce dernier se trouvait seul dans une salle insonorisée pour exercer son droit à l'avocat. L'agent Boissonneault ne semble pas s'en être préoccupé même s'il a reconnu avoir la responsabilité, à titre de technicien qualifié, de s'assurer de l'absence de réactions physiologiques avant de procéder aux prélèvements d'haleine. De ce fait, le juge du procès pouvait certainement estimer que le témoignage du technicien qualifié était suffisant pour soulever un doute raisonnable quant au respect de la période d'observation prescrite.

[49] En définitive, il était loisible au juge du procès de conclure que M. Cyr-Langlois avait présenté une preuve tendant à démontrer une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats, et non une « simple possibilité de défaillance ». À mon avis, il ne s'agit ni de « suppositions » ni d'« hypothèses » (motifs majoritaires, par. 16), puisque, selon la preuve présentée, le technicien qualifié a procédé aux analyses sans avoir suivi fidèlement la procédure prescrite et sans s'être assuré, comme il le devait, que le prévenu n'avait eu aucune réaction physiologique susceptible de fausser les résultats. Le juge du procès pouvait donc entretenir un doute raisonnable sur leur fiabilité.

[50] À ce moment, l'accusé avait satisfait au fardeau qui lui incombe en vertu de l'al. 258(1)c) *C. cr.* et n'avait aucune autre preuve à présenter. Comme l'a écrit avec justesse la juge Hogue de la Cour d'appel du Québec :

À défaut d'une preuve supplémentaire permettant de conclure que la possibilité d'un résultat inexact auquel réfère l'agent Boissonneault doit être écartée, le juge d'instance pouvait priver le ministère public du bénéfice des présomptions. Il n'avait pas à exiger plus de la part de l'accusé. [par. 50]

[51] In fact, it would be contrary to the right to remain silent and the right to be presumed innocent to require an accused to testify about his or her alcohol consumption and physiological reactions when the accused has *already* adduced evidence tending to show improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results. With respect, the majority's approach shifts the obligation to the accused to observe himself or herself, make note of every physiological reaction and then testify about this, failing which the improper operation of the breathalyzer will be presumed to be of no consequence. I highly doubt that this could be a justified infringement of the accused's rights. It is the state's responsibility, not that of the accused, to ensure compliance with the requisite conditions for obtaining accurate results.

[52] The majority suggests that the relative consistency of the two test results — among other evidence — tends to show that failure to comply with the observation period had no impact in this case, and thus tends to confirm the reliability of the results (majority reasons, at para. 15). Even on the assumption that this is true, the onus was on the Crown to prove it, for example by having the qualified technician or an expert testify on this point. The Crown did not do so, however, and it must accept the consequences. The application of the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* was no longer justified, and the presumptions therefore had to be discarded. In the absence of any other evidence showing that Mr. Cyr-Langlois was guilty, the trial judge had no choice but to acquit him.

C. *The Court Should Not Order a New Trial Based on Arguments Made for the First Time on Appeal*

[53] In closing, I would add that, even if I agreed with the Crown's position that the accused had to introduce the qualified technician's training manual in evidence and to testify about his alcohol consumption and physiological reactions, I would hesitate to order a new trial in this case. As pointed out by an intervenor, the Association québécoise des avocats et avocates de la défense, the position taken by the

[51] De fait, il serait contraire au droit de garder le silence et à la présomption d'innocence d'exiger que l'accusé témoigne au sujet de sa consommation d'alcool et de ses réactions physiologiques, alors qu'il a *déjà* présenté une preuve tendant à démontrer une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats. Avec égards, l'approche de la majorité transfère au prévenu l'obligation de s'observer lui-même et de noter ses moindres réactions physiologiques, puis de témoigner à ce sujet, à défaut de quoi l'utilisation incorrecte de l'alcootest est présumée sans conséquence. Je doute fortement qu'il puisse s'agir d'une atteinte justifiée aux droits de l'accusé. C'est la responsabilité de l'État, et non celle du prévenu, de s'assurer que les conditions requises pour obtenir des résultats exacts sont respectées.

[52] La majorité suggère que la relative cohérence entre les résultats des deux tests — entre autres éléments au dossier — tend à démontrer que le non-respect de la période d'observation n'a eu aucune incidence en l'espèce et donc à confirmer la fiabilité des résultats (motifs majoritaires, par. 15). À supposer même que ce soit le cas, il appartenait au ministère public de le prouver, par exemple en faisant témoigner le technicien qualifié ou un expert à ce sujet. Or, cette preuve n'a pas été faite et le ministère public doit en assumer les conséquences. L'application des présomptions d'exactitude et d'identité prévues à l'al. 258(1)c) *C. cr.* n'était plus justifiée et celles-ci devaient par le fait même être écartées. En l'absence de toute autre preuve démontrant la culpabilité de M. Cyr-Langlois, le juge du procès n'avait d'autre choix que de prononcer l'acquittement.

C. *La Cour ne devrait pas ordonner un nouveau procès sur la base d'arguments présentés pour la première fois en appel*

[53] En terminant, j'ajouterais que, même si j'étais en accord avec la thèse du ministère public selon laquelle l'accusé devait mettre en preuve le manuel de formation du technicien qualifié et témoigner sur sa consommation d'alcool et ses réactions physiologiques, j'hésiterais à ordonner un nouveau procès en l'espèce. Comme l'a fait remarquer l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de

prosecution on appeal is clearly different from the one it took at trial.

[54] The Crown prosecutor never argued before the trial judge that the qualified technician's testimony could not be sufficient *in law* to counter the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* He did not submit that it was necessary to introduce evidence of the recommended procedures by filing the relevant training or instruction manuals (in fact, he seemed to object to the filing of those manuals). Most importantly, he did not argue that the accused had to testify about his alcohol consumption and physiological reactions (such as burping) because otherwise there could be no reasonable doubt about the reliability of the results. Rather, the prosecutor's position was that Constables Boissonneault and Cousineau had observed the accused for a period of time that was sufficient in the circumstances.

[55] To order a new trial would therefore be to give the Crown a second chance to have Mr. Cyr-Langlois convicted, on the basis of arguments that were made for the first time on appeal. In my view, such a result would be contrary to the double jeopardy principle (see, for example, *R. v. Varga* (1994), 90 C.C.C. (3d) 484 (Ont. C.A.), at p. 494; *R. v. Knight*, 2015 ABCA 24, at para. 22 (CanLII); *R. v. Suarez-Noa*, 2017 ONCA 627, 139 O.R. (3d) 508, at paras. 30-35; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at pp. 895-96; *R. v. Vaillancourt* (1995), 105 C.C.C. (3d) 552 (Que. C.A.); *R. v. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187, at paras. 34 and 58-61; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350, at pp. 353-56).

IV. Conclusion

[56] In summary, the trial judge made no reviewable error in finding that Mr. Cyr-Langlois had raised a reasonable doubt about improper operation of the breathalyzer that could affect the results and that the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* had therefore been countered. I agree with Hogue J.A. that the trial judge [TRANSLATION] "did not have to require anything further from the accused" (para. 50; see also the reasons of Chamberland J.A., at paras. 60-61).

la défense, la position de la poursuite en appel diffère manifestement de celle adoptée lors du procès.

[54] Devant le juge du procès, le procureur du ministère public n'a jamais prétendu que le témoignage du technicien qualifié ne pouvait suffire, *en droit*, à repousser les présomptions prévues à l'al. 258(1)c) *C. cr.* Il n'a pas plaidé que les procédures recommandées devaient être mises en preuve par la production des manuels de formation ou d'instruction pertinents (en fait, il semblait s'objecter à leur production). Mais surtout, il n'a pas soutenu que l'accusé se devait de témoigner au sujet de sa consommation d'alcool et de ses réactions physiologiques (telle qu'une éructation), sans quoi aucun doute raisonnable ne pouvait être soulevé quant à la fiabilité des résultats. La position du procureur était plutôt que les policiers Boissonneault et Cousineau avaient effectué une période d'observation suffisante dans les circonstances.

[55] En conséquence, ordonner la tenue d'un nouveau procès reviendrait à donner une deuxième chance au ministère public de faire déclarer M. Cyr-Langlois coupable, et ce, sur la base d'arguments présentés pour la première fois en appel. Selon moi, un tel résultat heurterait le principe de la protection contre le double péril (voir notamment *R. c. Varga* (1994), 90 C.C.C. (3d) 484 (C.A. Ont.), p. 494; *R. c. Knight*, 2015 ABCA 24, par. 22 (CanLII); *R. c. Suarez-Noa*, 2017 ONCA 627, 139 O.R. (3d) 508, par. 30-35; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, p. 895-896; *R. c. Vaillancourt*, 1995 CanLII 5036 (C.A. Qc); *R. c. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187, par. 34 et 58-61; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350, p. 353-356).

IV. Conclusion

[56] En résumé, le juge du procès n'a commis aucune erreur révisable en concluant que M. Cyr-Langlois avait soulevé un doute raisonnable quant à une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter les résultats, et que les présomptions d'exactitude et d'identité prévues à l'al. 258(1)c) *C. cr.* étaient par conséquent repoussées. Je suis d'accord avec la juge Hogue pour dire que le juge du procès « n'avait pas à exiger plus de la part de l'accusé » (par. 50; voir aussi les motifs du juge Chamberland, par. 60-61).

[57] In my view, the majority's approach unduly limits the defences based on improper operation of a breathalyzer that in fact make it possible to justify the evidentiary scheme applicable to offences involving driving with a blood alcohol level over the legal limit under s. 1 of the *Charter*.

[58] Finally, the majority's reasons are essentially based on arguments that the Crown made for the first time on appeal. It would be all the more inappropriate, in the circumstances, to order a new trial.

[59] For all these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, CÔTÉ J. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: BMD, Laval.

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

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Marcoux et associés, Longueuil.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Frederick S. Fedorsen Professional Corporation, Toronto; Jonathan M. Rosenthal, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

[57] À mon avis, l'approche de la majorité restreint indûment les moyens de défense fondés sur l'utilisation incorrecte de l'alcootest, qui permettent pourtant de justifier, au regard de l'article premier de la *Charte*, le régime de preuve applicable aux infractions liées à la conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise.

[58] Enfin, les motifs de la majorité reposent essentiellement sur des arguments que le ministère public a fait valoir pour la première fois en appel. Il serait d'autant plus inapproprié, dans les circonstances, d'ordonner un nouveau procès.

[59] Pour tous ces motifs, je rejeterais l'appel.

Pourvoi accueilli, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.

Procureurs de l'intimé : BMD, Laval.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Marcoux et associés, Longueuil.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Frederick S. Fedorsen Professional Corporation, Toronto; Jonathan M. Rosenthal, Toronto; Addario Law Group, Toronto.