

**Her Majesty The Queen and Attorney
General of Quebec** *Appellants*

v.

Anic St-Onge Lamoureux *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario, Attorney General
of Manitoba, Attorney General of
British Columbia, Attorney General of
Alberta, Barreau du Québec, Association
québécoise des avocats et avocates de la
défense, Criminal Lawyers' Association
of Ontario and Criminal Trial Lawyers'
Association** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. ST-ONGE LAMOUREUX

2012 SCC 57

File No.: 33970.

2011: October 13; 2012: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUÉBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Presump-
tion of innocence — Statutory amendments affecting
evidence that can be adduced to rebut presumption of
accuracy and presumptions of identity in context of pros-
ecution for driving with blood alcohol level over legal
limit — Exclusion of possibility that “Carter” defence
would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer
test results — Whether new provisions of Criminal Code
infringe right to be presumed innocent — If so, whether
infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c.
C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime
Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and
Freedoms, ss. 1, 11(d).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fun-
damental justice — Right to make full answer and de-
fence — Statutory amendments affecting evidence that*

**Sa Majesté la Reine et procureur général du
Québec** *Appellants*

c.

Anic St-Onge Lamoureux *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l’Ontario, procureur
général du Manitoba, procureur général de
la Colombie-Britannique, procureur général
de l’Alberta, Barreau du Québec, Association
québécoise des avocats et avocates de la
défense, Criminal Lawyers’ Association
of Ontario et Criminal Trial Lawyers’
Association** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. ST-ONGE LAMOUREUX

2012 CSC 57

N° du greffe : 33970.

2011 : 13 octobre; 2012 : 2 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Pré-
sompction d’innocence — Modifications législatives af-
fectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour
réfuter la présompction d’exactitude et les présompctions
d’identité en matière de poursuites pour conduite avec
une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense
de « type Carter » exclue comme moyen de preuve per-
mettant à lui seul de mettre en doute les résultats d’ana-
lyses de l’alcoolémie — Les nouvelles dispositions du
Code criminel portent-elles atteinte à la présompction
d’innocence? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-
elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46,
art. 258(1)c, d.01, d.1) — Loi sur la lutte contre les cri-
mes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des
droits et libertés, art. 1, 11d).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice
fondamentale — Droit à une défense pleine et entière —
Modifications législatives affectant les moyens de preuve*

can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that “Carter” defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe right to make full answer and defence — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Statutory amendments affecting evidence that can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that “Carter” defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe protection against self-incrimination — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c).

L was charged with operating a vehicle with a blood alcohol level over the legal limit. At trial, she argued that the new provisions of the *Criminal Code* with respect to breathalyzer test results are unconstitutional. The trial judge found that the statutory amendments did not bar L from presenting a *Carter* defence to rebut the presumption of accuracy. In light of the evidence, he concluded that L's testimony about her alcohol consumption was not sufficiently serious or probative to raise a reasonable doubt. Finding that the qualified technician's explanations were sufficient and that the presumptions established in s. 258(1)(c) and (d.1) of the *Criminal Code* applied, he convicted L. The trial judge upheld in part the constitutionality of the new *Criminal Code* provisions.

Held (Rothstein and Cromwell JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. Sections 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* do not infringe s. 7 and s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but do infringe s. 11(d). Sections 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1), and s. 258(1)(c)

pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d'exactitude et les présomptions d'identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d'analyses de l'alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte au droit à une défense pleine et entière? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)(c), d.01), d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Modifications législatives affectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d'exactitude et les présomptions d'identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d'analyses de l'alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte à la protection contre l'auto-incrimination? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)(c), d.01), d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(c).

L est accusée d'avoir conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. Lors de son procès, elle a plaidé l'inconstitutionnalité des nouvelles dispositions du *Code criminel* relatives aux résultats des analyses faites au moyen des alcootests. Le juge de première instance a conclu que les modifications législatives n'avaient pas pour effet d'empêcher L de présenter une défense de type *Carter* pour repousser la présomption d'exactitude. À la lumière de la preuve, le juge a conclu que le témoignage de L concernant sa consommation d'alcool ne possédait pas un caractère sérieux et probant susceptible de soulever un doute raisonnable. Estimant que les explications du technicien qualifié étaient suffisantes et que les présomptions prévues aux al. 258(1)(c) et d.1) du *Code criminel* étaient applicables, il a déclaré L coupable. Le juge a confirmé en partie la constitutionnalité des nouvelles dispositions du *Code criminel*.

Arrêt (les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les alinéas 258(1)(c), d.01) et d.1) du *Code criminel* ne portent pas atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11(c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais portent atteinte à l'al. 11(d). Les alinéas 258(1)(d.01) et d.1), ainsi que l'al.

after severance of the second and third requirements for rebutting the presumptions, are justified under s. 1 of the *Charter*.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: A statutory presumption violates the right to be presumed innocent if its effect is that an accused person can be convicted even though the trier of fact has a reasonable doubt. The expert evidence filed in this case reveals that the possibility of an instrument malfunctioning or being used improperly when breath samples are taken is not merely speculative, but is very real. The Alcohol Test Committee of the Canadian Society of Forensic Science has made a series of recommendations concerning the procedures to be followed by the professionals who operate the instruments and verify that they are properly maintained. These recommendations shed light on the circumstances that might explain how an instrument malfunctioned or was used improperly. However, Parliament did not adopt the Committee's recommendations, and the prosecution referred to no alternative mechanisms that would enable a court to find that the instruments are generally maintained and operated properly or that the rate of failure attributable to improper maintenance or operation is insignificant. The trier of fact could therefore entertain a reasonable doubt about the validity of the test results, since he or she will not have shown why they can be relied on in the case of the accused who is on trial. But a judge who entertains such a doubt will nevertheless remain bound by the presumptions of accuracy and identity of s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* and will be required to convict the accused unless the accused rebuts those presumptions in accordance with the requirements of that provision. In view of the mechanism for applying the statutory presumptions established in s. 258(1)(c), s. 258(1)(c) and (d.01) infringe s. 11(d) of the *Charter*.

Whether a statutory presumption can be justified under s. 1 of the *Charter* depends on several factors, including the importance of the legislative objective, how difficult it would be for the prosecution to prove the substituted fact beyond a reasonable doubt, whether it is possible, and how easy it is, for the accused to rebut the presumption, and, as can be seen from this case, scientific advances. The objective of the amendments — to give breathalyzer test results a weight consistent with their scientific value — is pressing and substantial. Section 258(1)(c) of the *Criminal Code* contains three separate and cumulative new requirements that the

258(1)(c) amputé des deuxième et troisième exigences requises pour réfuter les présomptions, sont justifiés au sens de l'article premier de la *Charte*.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Une présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si elle fait en sorte qu'une personne accusée peut être déclarée coupable alors qu'il subsiste un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits. La preuve d'expertise produite dans la présente instance révèle que la possibilité de mauvais fonctionnement ou de mauvaise utilisation de l'appareil lors de la prise d'échantillons d'haleine n'est pas fondée sur de simples conjectures, mais est bien réelle. Le Comité des analyses d'alcool constitué sous l'égide de la Société canadienne des sciences judiciaires a formulé un ensemble de recommandations relatives aux procédures que doivent suivre les professionnels qui opèrent les appareils et vérifient leur bon entretien. Ces recommandations font bien ressortir les circonstances qui pourraient expliquer un mauvais fonctionnement ou une utilisation incorrecte de l'appareil. Le Parlement n'a cependant pas adopté les recommandations du Comité et la poursuite n'a pas fait état de mécanismes de rechange permettant à un tribunal de conclure que les appareils ont généralement été bien entretenus et utilisés ou que le taux de défaillance attribuable à un mauvais entretien ou à une utilisation incorrecte est négligeable. Le juge des faits pourrait donc entretenir un doute raisonnable quant à la validité des résultats d'analyses, car on ne lui aura pas démontré pourquoi il peut s'y fier dans le cas de la personne accusée qui subit son procès devant lui. Le juge qui entretient un tel doute demeure néanmoins tenu par les présomptions d'exactitude et d'identité de l'al. 258(1)(c) du *Code criminel* et devra prononcer une déclaration de culpabilité, à moins que la personne accusée ne repousse ces présomptions conformément aux exigences de cette disposition. Compte tenu du mécanisme d'application des présomptions légales prévues à l'al. 258(1)(c), les al. 258(1)(c) et d.01 portent atteinte à l'al. 11(d) de la *Charte*.

La justification d'une présomption légale au regard de l'article premier de la *Charte* dépend de plusieurs facteurs, notamment des suivants : l'importance de l'objectif législatif, la difficulté pour la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable le fait substitué, la possibilité pour la personne accusée de repousser la présomption et la facilité avec laquelle elle peut le faire et, comme le révèle le présent cas, les progrès scientifiques. L'objectif des modifications — à savoir conférer aux résultats des alcootests un poids compatible avec leur valeur scientifique — est urgent et réel. L'alinéa 258(1)(c) du *Code criminel* comporte trois nouvelles

accused must satisfy to rebut the presumptions of accuracy and identity. These requirements must be considered separately for the remainder of the justification analysis.

First, the accused must raise a doubt that the instrument was functioning and was operated properly. This requirement is rationally connected with Parliament's objective. According to the scientific evidence on which Parliament relied, if the instrument functions properly and all the relevant procedures are followed, the results should be reliable. In addition, the measure violates the right to be presumed innocent as little as reasonably possible. The reliability of breathalyzer tests has been recognized by the scientific and legal communities. Moreover, the new provisions do not make it impossible to disprove the test results, but require that evidence tending to cast doubt on the reliability of the results relate directly to possible deficiencies in the maintenance of the instruments or in the test process. Finally, the effects of this limit on the right to be presumed innocent are proportional to Parliament's objective. The objective of the first requirement of s. 258(1)(c), as clarified by s. 258(1)(d.01), is to confirm the scientific value and ensure the primacy of breathalyzer test results. This statutory amendment was a response to the serious disconnect that existed in the fact that the *Carter* defence had a high success rate despite the recognized scientific reliability of the results. Furthermore, the scheme adopted for breathalyzer tests includes certain guarantees that place limits on police action and protect the presumption of innocence.

Second, s. 258(1)(c) requires evidence tending to show that the malfunction or improper operation of the instrument resulted in a reading according to which the blood alcohol level of the accused exceeded .08. This requirement constitutes a serious infringement of the right to be presumed innocent that cannot be justified in a democratic society. The requirement that the accused raise a doubt that his or her blood alcohol level in fact exceeded .08 constitutes an excessive burden in the context of a statutory scheme under which the evidence must relate directly to the functioning or operation of the instrument.

The third requirement of s. 258(1)(c) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. There is no rational connection between the objective of the new legislative measures and the requirement of adducing evidence to raise a doubt that the blood alcohol level of the accused in fact exceeded .08. This requirement is in addition

exigences distinctes et cumulatives auxquelles la personne accusée doit satisfaire pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité. Celles-ci requièrent donc un examen séparé pour la suite de l'analyse de la justification.

Premièrement, la personne accusée doit soulever un doute sur le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'alcootest. Cette exigence présente un lien rationnel avec l'objectif visé par le législateur. La preuve scientifique sur laquelle se base ce dernier indique que, si l'appareil fonctionne correctement et si toutes les procédures sont suivies, les résultats devraient être fiables. Aussi, la mesure porte aussi peu atteinte qu'il est raisonnablement possible de le faire à la présomption d'innocence. La fiabilité des alcootests a été reconnue par les communautés scientifique et juridique. Par ailleurs, les nouvelles dispositions n'ont pas pour effet de rendre irréfutables les résultats des analyses, mais exigent que la preuve tendant à remettre en question la fiabilité des résultats porte directement sur les défaillances qui peuvent survenir dans l'entretien des appareils ou le processus d'analyse. Enfin, les effets de cette limite sur la présomption d'innocence sont proportionnels à l'objectif du législateur. La première exigence de l'al. 258(1)c), telle que précisée par l'al. 258(1)d.01), a pour objectif de faire reconnaître la valeur scientifique des résultats d'analyses fournis par les alcootests et d'énoncer leur primauté. Cette modification législative répond au grave problème de discordance découlant du taux de succès élevé de la défense de type *Carter* malgré la fiabilité scientifique reconnue des résultats. De plus, le régime des alcootests comporte certaines garanties qui freinent l'intervention policière et protègent la présomption d'innocence.

Deuxièmement, l'al. 258(1)c) requiert une preuve tendant à démontrer que le problème de fonctionnement ou d'utilisation de l'appareil a causé une lecture d'alcoolémie supérieure à 0,08. Cette exigence constitue une atteinte sérieuse à la présomption d'innocence et ne peut être justifiée dans une société démocratique. L'obligation de soulever un doute sur le fait que l'alcoolémie excède 0,08 constitue un fardeau excessif lorsqu'elle s'insère dans un régime législatif qui exige une preuve ciblant directement le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil.

La troisième exigence de l'al. 258(1)c) ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Il n'y a pas de lien rationnel entre l'objectif des nouvelles mesures législatives et l'obligation de présenter une preuve qui soulève un doute sur le fait que le taux d'alcoolémie dépasse 0,08. Cette exigence s'ajoute à celle

to the requirement of showing that the instrument malfunctioned or was operated improperly. If the accused has already identified a defect that could cast doubt on the reliability of the results, it is difficult to justify requiring the court to nevertheless accept that the results have probative value if the accused has produced no evidence regarding his or her blood alcohol level.

It was open to Parliament to exclude, in s. 258(1)(d.01), the production of evidence of the alcohol consumption of the accused that tends to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly, and to provide that such evidence is legally insufficient to cast doubt on the reliability of the test results. This exclusion does not infringe the rights protected by s. 7, nor does it render the rebuttal of the presumptions established in s. 258(1)(c) illusory.

Section 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* establishes a second presumption of identity according to which a blood alcohol level over .08 at the time of the analysis is presumed to be the same as the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. Since s. 258(1)(d.1) exempts the prosecution from having to establish the guilt of the accused beyond a reasonable doubt before the accused must respond, it infringes the right to be presumed innocent. To rebut this second presumption of identity, evidence to the contrary adduced by the accused must tend to show two facts: (1) the consumption of alcohol of the accused was consistent with a blood alcohol level that did not exceed .08 at the time when the offence was alleged to have been committed; and (2) the consumption of alcohol of the accused was consistent with the test results. The objective of these requirements is pressing and substantial. A rational connection can easily be established between each of these requirements and the requirement's legislative objective. They also satisfy the minimal impairment test. Section 258(1)(d.1) strikes a fair balance between collective rights and individual rights, and is part of a broader legislative scheme designed to confirm the primacy of breathalyzer test results. It is a justified infringement of the right to be presumed innocent.

The presumption of identity established in s. 258(1)(d.1) is based on the usual behaviour of drivers, who do not generally drink a sufficient quantity of alcohol to alter the results either just before or just after being pulled over by the police. It is in fact the exceptional behaviour of the accused, not the statutory presumption in the prosecution's favour under s. 258(1)(d.1), that makes it necessary for the accused to testify. The choice by the accused to testify in this regard flows from a decision that must be made whenever the Crown's evidence is sufficient to support a conviction. Thus, the

requérant la démonstration que l'appareil a mal fonctionné ou a été mal utilisé. Or, si la personne accusée a déjà soulevé un vice de nature à mettre en doute la fiabilité des résultats, il est difficile de justifier qu'un tribunal soit tout de même tenu d'en reconnaître la valeur probante si la personne accusée ne présente aucune preuve de son alcoolémie.

Le Parlement pouvait exclure, à l'al. 258(1)(d.01), la présentation d'une preuve relative à la consommation d'alcool de la personne accusée tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest et déclarer une telle preuve insuffisante en droit pour mettre en doute la fiabilité des résultats d'analyses. Une telle exclusion ne porte pas atteinte aux droits garantis à l'art. 7 de la *Charte* ni ne rend illusoire la réfutation des présomptions de l'al. 258(1)(c).

L'alinéa 258(1)(d.1) du *Code criminel* établit pour sa part une deuxième présomption d'identité, suivant laquelle un taux d'alcoolémie supérieur à 0,08 au moment de l'analyse est présumé correspondre à celui qui existait au moment de l'infraction reprochée. Comme l'al. 258(1)(d.1) dispense la poursuite d'avoir à établir la culpabilité de la personne accusée hors de tout doute raisonnable avant que celle-ci n'ait à répondre, il porte atteinte à la présomption d'innocence. Pour contrer cette deuxième présomption d'identité, la preuve contraire présentée par la personne accusée doit tendre à démontrer deux faits : (1) la consommation d'alcool était compatible avec une alcoolémie ne dépassant pas 0,08 au moment où l'infraction aurait été commise; (2) la consommation d'alcool était compatible avec les résultats des analyses. L'objectif de ces exigences est urgent et réel. Le lien rationnel entre chacune des deux exigences et leur objectif législatif respectif peut facilement être établi. Elles satisfont aussi au critère de l'atteinte minimale. L'alinéa 258(1)(d.1) établit un juste équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels, et il s'insère dans un régime législatif plus vaste tendant à faire reconnaître la primauté des résultats des alcootests. Il constitue une atteinte justifiée à la présomption d'innocence.

La présomption d'identité de l'al. 258(1)(d.1) est fondée sur le comportement habituel des conducteurs; ceux-ci ne boivent généralement pas une quantité d'alcool suffisante pour influencer les résultats juste avant ou juste après l'interpellation. C'est véritablement le caractère exceptionnel du comportement de la personne accusée, plutôt que la présomption légale dont bénéficie la poursuite en vertu de l'al. 258(1)(d.1), qui fait en sorte que celle-ci doive témoigner. Le choix de cette personne de témoigner à cet égard découle d'une décision qui survient chaque fois que la preuve du ministère public est

protection against self-incrimination guaranteed by s. 11(c) of the *Charter* is not infringed.

In this case, the trial judge erred in holding that L could rebut the presumption of accuracy of s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* by presenting a *Carter* defence, but that error did not affect his conclusion, since, when all is said and done, he did not believe L. L's conviction is therefore upheld.

Per Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting in part): The appeal should be allowed and the constitutional questions should be answered in the negative.

Sections 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* are based on three quite straightforward ideas. These ideas are that if all of the statutory requirements for taking and analyzing breath samples are observed: (1) the breathalyzer results are reliable in the absence of some basis in the evidence to doubt them; (2) the estimated blood alcohol concentration ("BAC") arrived at by consumption and elimination evidence (so-called *Carter* evidence) is not sufficiently reliable to be used to challenge the accuracy of breathalyzer results; and (3) the BAC at the time of testing will not be higher than at the time of driving, unless the accused drank a large quantity of alcohol shortly before driving or consumed alcohol between driving and testing.

None of the challenged provisions limits the right under s. 11(c) of the *Charter* not to be compelled to testify. Although all of the provisions are challenged under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, the constitutionality of the provisions which address the burden of proof are best analyzed under s. 11(d), while those which limit the relevance of, or exclude evidence in relation to, particular issues are best analyzed under s. 7.

The fact that s. 258(1)(d.01) of the *Criminal Code* excludes *Carter* evidence to challenge the proper functioning or operation of the approved instrument does not violate s. 7 of the *Charter*. The parties contesting the provision have not shown that s. 258(1)(d.01) limits in any meaningful respect the right to make full answer and defence. In the face of the compelling evidence presented by the Crown about the generally misleading nature of *Carter* evidence in relation to the accuracy of the breathalyzer, those challenging the exclusion of this evidence had to advance some evidence suggesting that, despite its great potential to mislead, there

suffisante pour mener à une déclaration de culpabilité. Il n'y a donc pas atteinte à la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'al. 11(c) de la *Charte*.

En l'espèce, bien que le juge de première instance ait, à tort, considéré que L pouvait repousser la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)(c) du *Code criminel* en présentant une défense de type *Carter*, cette erreur n'a pas affecté sa conclusion, étant donné qu'il n'a pas cru L en définitive. La déclaration de culpabilité de L est donc confirmée.

Les juges Rothstein et Cromwell (dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli et il faut répondre négativement aux questions constitutionnelles.

Les alinéas 258(1)(c), d.01) et d.1) du *Code criminel* reposent sur trois idées assez simples. Si toutes les conditions prescrites par la loi pour le prélèvement et l'analyse des échantillons d'haleine sont observées : (1) les résultats indiqués par l'alcootest sont fiables, en l'absence d'éléments de preuve permettant d'en douter; (2) le taux d'alcoolémie (« TA ») estimé au moyen d'éléments de preuve relatifs au taux d'absorption ou d'élimination (la preuve de type *Carter*) n'est pas assez fiable pour être utilisé pour contester l'exactitude des résultats indiqués par l'alcootest; (3) le TA au moment des analyses ne sera pas plus élevé qu'au moment où l'accusé conduisait, sauf si ce dernier a consommé une grande quantité d'alcool peu de temps avant de conduire ou s'il a consommé de l'alcool entre le moment où il conduisait et celui où il a subi le test.

Aucune des dispositions contestées ne limite le droit de ne pas être contraint de témoigner garanti par l'al. 11(c) de la *Charte*. Bien que toutes les dispositions soient contestées sur le fondement de l'al. 11(d) et de l'art. 7 de la *Charte*, c'est en vertu de l'al. 11(d) qu'il convient d'analyser la constitutionnalité des dispositions touchant au fardeau de la preuve, et en vertu de l'art. 7 qu'il convient d'analyser la constitutionnalité de celles qui limitent la pertinence de certaines questions ou excluent la preuve s'y rapportant.

Le fait que l'al. 258(1)(d.01) du *Code criminel* exclut l'utilisation de la preuve de type *Carter* pour contester le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil approuvé ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Les parties contestant la disposition n'ont pas démontré que l'al. 258(1)(d.01) limite de quelque manière significative le droit de présenter une défense pleine et entière. Vu la preuve convaincante présentée par le ministère public à propos de la nature généralement trompeuse de la preuve de type *Carter* en ce qui a trait à l'exactitude de l'alcootest, ceux qui contestent l'exclusion de ce genre de preuve avaient l'obligation d'apporter certaines

remained some reason not to restrict the use of *Carter* type evidence. There is no such evidence in this record. Although hypothetical scenarios can form the basis of a *Charter* challenge, they must be reasonable. The other ground advanced in support of the s. 7 challenge — that s. 258(1)(d.01) makes a defence “illusory” — must also be rejected.

Section 258(1)(c) of the *Criminal Code* restricts evidence in relation to the accuracy of the device to evidence that tends to show three things: (1) that the device malfunctioned or the analysis was performed improperly, (2) that the improper performance resulted in the determination that the accused’s BAC exceeded .08, and (3) that the accused’s BAC was in fact lower than .08 at the time of the offence. The first two of these elements do nothing more than to recognize the reality that breathalyzer readings, when obtained under the statutory requirements, should be taken as accurate absent some reason to think otherwise. Absent some evidence to suggest that the analysis is not accurate, a reasonable doubt based simply on the general notion that technology may be fallible or that there is a hypothetical possibility not founded on the evidence that the device malfunctioned or was not operated properly would not be a rational conclusion. Thus, requiring the inference of accuracy to be drawn absent evidence to the contrary does not limit the right to make full answer and defence. As for the third component, it does no more than set out in statutory form what this Court has consistently held is required as a matter of logic and relevance to rebut the presumption of accuracy.

A provision limits the right to be presumed innocent guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* if it either (a) relieves the Crown of having to present a case to meet before the accused is called on to answer or (b) creates the risk of conviction even if, without the provision, the trier of fact could have a reasonable doubt about the accused’s guilt. The presumption of accuracy in s. 258(1)(c) does not create a risk of conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt. It therefore does not limit the right to be presumed innocent and there is no need to consider whether any limitation is justified under s. 1 of the *Charter*. In requiring some evidence tending to show improper functioning or operation, the provision

données tendant à indiquer que, malgré le risque considérable d’erreur susceptible de découler d’une preuve de type *Carter*, il existait encore des raisons de ne pas limiter l’utilisation d’une telle preuve. Le dossier ne renferme aucune donnée de ce genre en l’espèce. Bien que des situations hypothétiques puissent constituer le fondement d’une contestation fondée sur la *Charte*, de telles hypothèses doivent être raisonnables. L’autre motif invoqué à l’appui de la contestation fondée sur l’art. 7, à savoir que l’al. 258(1)(d.01) rend « illusoire » la présentation d’une défense, doit aussi être rejeté.

L’alinéa 258(1)(c) du *Code criminel* limite la preuve qui peut être présentée relativement à la précision de l’appareil à une preuve tendant à démontrer trois choses : (1) que l’appareil fonctionnait mal ou que l’analyse a été effectuée incorrectement, (2) que le TA supérieur à 0,08 de l’accusé découle de ce mauvais fonctionnement ou de cette utilisation incorrecte et (3) que le TA de l’accusé était dans les faits inférieur à 0,08 au moment de l’infraction reprochée. Les deux premiers éléments ne font rien de plus que reconnaître la réalité que, lorsqu’ils ont été obtenus conformément aux exigences prescrites par la loi, les résultats des analyses doivent être considérés comme étant exacts en l’absence de quelque raison de croire le contraire. En l’absence de preuve tendant à montrer que l’analyse n’est pas exacte, un doute raisonnable qui reposerait simplement sur l’idée générale que la technologie n’est pas infallible ou qu’il existe une possibilité théorique — mais non étayée par la preuve — que l’appareil ait mal fonctionné ou ait été utilisé incorrectement ne serait pas une conclusion rationnelle. Par conséquent, le fait d’exiger que, en l’absence de preuve à l’effet contraire, le tribunal tire une inférence d’exactitude ne limite pas le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour ce qui est du troisième élément, il ne fait qu’énoncer, sous forme de disposition législative, ce que la Cour a toujours jugé comme étant la preuve requise sur le plan de la logique et de la pertinence pour réfuter la présomption d’exactitude.

Une disposition a pour effet de limiter le droit à la présomption d’innocence garantie par l’al. 11(d) de la *Charte* dans les cas suivants : a) elle décharge le ministère public de son obligation de présenter une preuve complète contre l’accusé avant que celui-ci n’ait besoin de répondre; b) elle crée un risque de déclaration de culpabilité même si, sans elle, le juge des faits pourrait avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé. La présomption d’exactitude énoncée à l’al. 258(1)(c) ne risque pas d’entraîner une déclaration de culpabilité s’il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité. Elle ne limite donc pas le droit à la présomption d’innocence et, de ce fait, il n’est pas nécessaire de

simply enacts common sense in light of accepted scientific fact. Parliament is entitled to legislate this rather than require the evidence to be called in every “blowing over” prosecution. Furthermore, in order to constitute evidence to the contrary as a matter of logic and relevance, that evidence must tend to raise a doubt that the BAC in fact did not exceed .08. It follows that this third aspect of s. 258(1)(c) simply translates that requirement for materiality into the consideration of whether the device functioned or was operated improperly.

With respect to the presumptions of identity in s. 258(1)(c) and (d.1) of the *Criminal Code*, there is overwhelming evidence that a breathalyzer test administered in accordance with the statutory requirements and which reveals an over .08 result is a reliable indication that the accused had a BAC which was equal to or higher than that at the time of driving. There is no infringement of the right to be presumed innocent by deeming that the BAC at the time of testing is the same as at the time of driving. Parliament has simply legislated well-established facts so that they do not have to be proved in every case. There is no risk of conviction on the basis of a reasonable doubt that has a basis in common sense and logic in the evidence or the absence of evidence. A doubt about the presumptions of identity based on “bolus or intervening drinking” would be speculative, absent evidence supporting the fact that one or the other of those scenarios had actually occurred. The fact of post-driving drinking is peculiarly in the knowledge of the accused and it would be unduly onerous to require the prosecution to negate this rather unusual possibility in every case even when it had no foundation in the evidence. Also, the challenged provisions do not relieve the Crown of its obligation to present a case to meet before the accused is called on to answer. Where an over .08 breathalyzer test result is obtained in accordance with the statutory requirements, a trial judge cannot conclude that there is no evidence upon which he could reasonably convict an accused person.

Even assuming that ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) or 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* limit the right to be

procéder à l’analyse fondée sur l’article premier de la *Charte*. En requérant des éléments de preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcooltest, la disposition ne fait qu’exprimer une exigence que dicte par ailleurs le bon sens, à la lumière des faits scientifiques acceptés. Le législateur a le droit d’édicter une telle présomption plutôt que d’exiger la production d’une preuve dans chaque poursuite fondée sur un TA supérieur à la limite. En outre, sur le plan de la logique et de la pertinence, constitue une preuve contraire une preuve qui tend à soulever un doute et amène le tribunal à penser que le TA ne dépassait pas dans les faits 0,08. Il s’ensuit que ce troisième aspect de l’al. 258(1)c) importe simplement cette exigence de pertinence dans l’examen de la question de savoir si l’appareil fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement.

Quant aux présomptions d’identité prévues aux al. 258(1)c) et d.1) du *Code criminel*, il existe une imposante preuve démontrant que des analyses d’alcoolémie effectuées conformément aux exigences prescrites par la loi et révélant un TA supérieur à 0,08 constituent une indication fiable que le TA de l’accusé au moment où il conduisait était égal ou supérieur au TA ainsi mesuré. Le fait de présumer que le TA de l’accusé au moment des analyses correspond à son TA au moment où il conduisait ne viole pas le droit à la présomption d’innocence. Le législateur a tout simplement énoncé dans la loi des faits bien établis, afin qu’il ne soit pas nécessaire de les prouver dans chaque instance. Il n’y a aucun risque qu’un accusé soit déclaré coupable s’il existe un doute raisonnable sensé et logique, basé sur la preuve ou sur une absence de preuve. Un doute quant à l’application des présomptions d’identité qui serait fondé sur la notion du dernier verre ou celle du verre d’après relèverait de la conjecture en l’absence de preuve que l’un ou l’autre de ces scénarios s’est réellement produit. C’est d’abord et avant tout l’accusé lui-même qui sait s’il a bu après avoir conduit, et ce serait imposer un fardeau indûment lourd à la poursuite que de l’obliger à réfuter dans tous les cas cette possibilité plutôt inhabituelle, même quand celle-ci n’est aucunement étayée par la preuve. De plus, les dispositions contestées ne libèrent pas le ministère public de son obligation de présenter une preuve complète contre l’accusé avant que celui-ci ne soit tenu de répondre. Lorsqu’une analyse effectuée en conformité avec les exigences prescrites par la loi indique un TA supérieur à 0,08, le juge du procès ne saurait conclure que rien dans la preuve ne lui permet de prononcer raisonnablement une déclaration de culpabilité contre l’accusé.

Même en supposant que les al. 258(1)c), d.01) ou d.1) du *Code criminel* limitent le droit à la présomption

presumed innocent as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, any limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Cases Cited

By Deschamps J.

Considered: *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; **referred to:** *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499; *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118; *R. v. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288; *R. v. Huff*, [2000] O.J. No. 3487 (QL); *R. v. Powichrowski*, 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Hummel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 8; *R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Duff*, 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122; *R. v. Gillespie*, 2010 BCPC 207 (CanLII); *R. v. Muzuva* (2010), 206 C.R.R. (2d) 18; *R. v. Cayer*, 2010 QCCQ 9352 (CanLII); *R. v. Laforge*, 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. v. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. v. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. v. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210.

By Cromwell J. (dissenting in part)

R. v. Carter (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210; *R. v. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. v. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424.

d'innocence garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, il s'agit d'une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts examinés : *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; **arrêts mentionnés :** *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499; *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118; *R. c. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288; *R. c. Huff*, [2000] O.J. No. 3487 (QL); *R. c. Powichrowski*, 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Hummel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 8; *R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Duff*, 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122; *R. c. Gillespie*, 2010 BCPC 207 (CanLII); *R. c. Muzuva* (2010), 206 C.R.R. (2d) 18; *R. c. Cayer*, 2010 QCCQ 9352 (CanLII); *R. c. Laforge*, 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. c. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. c. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. c. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210.

Citée par le juge Cromwell (dissident en partie)

R. c. Carter (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210; *R. c. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. c. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424.

Statutes and Regulations Cited

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(c), (d).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 51.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 212(3), 253(1)(b), 254(2), (3), 258(1)(c), (d.01), (d.1), (g), 276.
Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18, s. 10(2).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 25(1).
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 141, 1st Sess., 39th Parl., January 30, 2007, pp. 6185, 6186.
 Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 9, 2nd Sess., 39th Parl., February 21, 2008, p. 37.
 Canadian Society of Forensic Science. "Recommended Standards and Procedures of the Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee" (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 1.
 Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
 Hodgson, Brian T. "The Validity of Evidential Breath Alcohol Testing" (2008), 41 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 83.
 Martin, T. L., J. G. Wigmore and K. L. Woodall. "A Comparison of Blood Alcohol Concentrations Estimated From Drinking Histories of Drivers Charged with 'Over 80' and Their Intoxilyzer® 5000C Results" (2004), 37 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 187.
 Robertson, Robyn, Ward Vanlaar and Herb Simpson. *National Survey of Crown Prosecutors and Defence Counsel on Impaired Driving: Final Report*. Ottawa: Traffic Injury Research Foundation, July 2008.
 Sommers, Marilyn Sawyer, et al. "Nurse, I Only Had a Couple of Beers": Validity of Self-Reported Drinking Before Serious Vehicular Injury" (2002), 11 *Am. J. Critical Care* 106.
 Wigmore, J. G. "Man vs. Machine: Self-Reported Alcohol Consumption of Drinking Drivers vs. Evidential Breath Alcohol Tests. Is the Restriction of Evidence to the Contrary Scientifically Valid?" (2009), 54 *Crim. L.Q.* 395.

APPEAL from a judgment of the Court of Québec (Judge Chapdelaine), 2010 QCCQ 8552,

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11(c), (d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 212(3), 253(1)(b), 254(2), (3), 258(1)(c), (d.01), (d.1), (g), 276.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 25(1).
Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, ch. 18, art. 10(2).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 51.
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, 1^{re} sess., 39^e lég., 30 janvier 2007, p. 6185, 6186.
 Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 9, 2^e sess., 39^e lég., 21 février 2008, p. 37.
 Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London : Butterworths, 1990.
 Hodgson, Brian T. « La validité de la preuve recueillie au moyen d'un alcootest » (2008), 41 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 97.
 Martin, T. L., J. G. Wigmore and K. L. Woodall. « A Comparison of Blood Alcohol Concentrations Estimated From Drinking Histories of Drivers Charged with "Over 80" and Their Intoxilyzer® 5000C Results » (2004), 37 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 187.
 Robertson, Robyn, Ward Vanlaar et Herb Simpson. *Son-dage national sur la conduite avec facultés affaiblies auprès des avocats de la défense et des procureurs de la Couronne : Rapport final*. Ottawa : Fondation de recherches sur les blessures de la route, juillet 2008.
 Société canadienne des sciences judiciaires. « Normes et procédures recommandées par la Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d'alcool » (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 31.
 Sommers, Marilyn Sawyer, et al. « "Nurse, I Only Had a Couple of Beers" : Validity of Self-Reported Drinking Before Serious Vehicular Injury » (2002), 11 *Am. J. Critical Care* 106.
 Wigmore, J. G. « Man vs. Machine : Self-Reported Alcohol Consumption of Drinking Drivers vs. Evidential Breath Alcohol Tests. Is the Restriction of Evidence to the Contrary Scientifically Valid? » (2009), 54 *Crim. L.Q.* 395.

POURVOI contre un jugement de la Cour du Québec (le juge Chapdelaine), 2010 QCCQ 8552,

[2010] J.Q. n° 10077 (QL), 2010 CarswellQue 10716, convicting the accused of driving with a blood alcohol level over the legal limit and upholding in part the constitutionality of ss. 258(1)(c), (d.01) and (d.1) of the *Criminal Code*. Appeal allowed in part, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting in part.

Michel Déom, Jean-Vincent Lacroix, Marie-Ève Mayer and Patricia Blair, for the appellants.

Patrick Fréchette, for the respondent.

François Joyal and Ginette Gobeil, for the intervener the Attorney General of Canada.

James V. Palangio and Philip Perlmutter, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Christian Vanderhooft and Nathaniel Carnegie, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Rodney Garson and Roger F. Cutler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jason R. Russell and Robert Palser, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Marco LaBrie and Jean-Philippe Marcoux, for the intervener Barreau du Québec.

Éric Downs and Julie Bolduc, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Patrick Ducharme and Paul Burstein, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Shannon K. C. Prithipaul, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ. delivered by

[1] DESCHAMPS J. — This appeal concerns the constitutionality of certain provisions of the

[2010] J.Q. n° 10077 (QL), 2010 CarswellQue 10716, qui a déclaré l'accusée coupable de conduite d'un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale et qui a confirmé en partie la constitutionnalité des al. 258(1)c), d.01) et d.1) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli en partie, les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents en partie.

Michel Déom, Jean-Vincent Lacroix, Marie-Ève Mayer et Patricia Blair, pour les appelants.

Patrick Fréchette, pour l'intimée.

François Joyal et Ginette Gobeil, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

James V. Palangio et Philip Perlmutter, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Christian Vanderhooft et Nathaniel Carnegie, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Rodney Garson et Roger F. Cutler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jason R. Russell et Robert Palser, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Marco LaBrie et Jean-Philippe Marcoux, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

Éric Downs et Julie Bolduc, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Patrick Ducharme et Paul Burstein, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Shannon K. C. Prithipaul, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de certaines

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), that deal with offences involving driving with a blood alcohol level over the legal limit. The questions raised in it relate to the right to be presumed innocent, the right to make full answer and defence and the protection against self-incrimination (ss. 11(d), 7 and 11(c), respectively, of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

[2] The impugned provisions include four new requirements that must be met by a person charged with driving with a blood alcohol level exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood (.08) in order to rebut the presumptions that apply in the prosecution’s favour in such a case. Three of these requirements relate to the presumption of accuracy and one of the presumptions of identity that attach to the results of the test to which a person must submit when required to do so by the police. To challenge the reliability of the results, the accused must raise a doubt: (1) that the breathalyzer instrument was functioning and was operated properly; (2) to the effect that the determination that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit resulted from a malfunction or improper operation of the instrument; and (3) to the effect that the blood alcohol level of the accused would not in fact have exceeded the legal limit at the time when the offence was alleged to have been committed. Moreover, a new requirement must now be met in order to rebut the presumption of identity of the test results showing that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit with his or her actual blood alcohol level at the time of the alleged offence. This presumption can be rebutted only if the evidence adduced by the accused shows that his or her consumption of alcohol was consistent not only with a blood alcohol level under the legal limit at the time of the offence, but also — and this is the new requirement — with the test results.

[3] For the reasons that follow, I find that Parliament was justified in requiring that any evidence adduced to cast doubt on the test results be directed at the functioning or operation of the instrument. However, where such evidence casts doubt on the reliability of the results, the imposition of

dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), touchant les infractions liées à la conduite automobile alors que l’alcoolémie est supérieure à la limite permise par la loi. Sont invoqués la présomption d’innocence, le droit à une défense pleine et entière et la protection contre l’auto-incrimination (respectivement l’al. 11d), l’art. 7 et l’al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

[2] Les dispositions contestées comportent quatre nouvelles exigences auxquelles la personne accusée doit satisfaire pour réfuter les présomptions dont bénéficie la poursuite dans le contexte d’une accusation de conduite avec un taux d’alcoolémie supérieur à 80 mg d’alcool par 100 ml de sang (0,08). Trois de ces exigences touchent la présomption d’exactitude et l’une des présomptions d’identité attachées aux résultats du test auquel une personne doit se soumettre lors d’une interpellation policière. Pour contester la fiabilité des résultats, la personne accusée doit soulever un doute : (1) sur le bon fonctionnement ou l’utilisation correcte de l’alcootest; (2) sur le fait que le résultat d’analyse indiquant un taux d’alcoolémie supérieur à la limite légale résulte du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’appareil; (3) sur le fait que son taux d’alcoolémie au moment où l’infraction aurait été commise ne dépassait pas la limite légale. De plus, une nouvelle exigence doit maintenant être remplie pour contrer la présomption d’identité établie entre les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à la limite légale et l’alcoolémie qui existait au moment de l’infraction reprochée. Cette présomption ne pourra être neutralisée que si la preuve présentée par la personne accusée fait état d’une consommation d’alcool compatible non seulement avec une alcoolémie ne dépassant pas la limite légale au moment de l’infraction mais également, et c’est là la nouvelle exigence, avec les résultats des analyses.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le Parlement était justifié d’exiger que la preuve contraire pouvant être présentée à l’encontre des résultats d’analyses cible le fonctionnement ou l’utilisation de l’alcootest. Cependant, lorsqu’une telle preuve permet de mettre en doute la fiabilité des

additional conditions does not constitute a reasonable limit on the right to be presumed innocent. I would reject all the other constitutional arguments that have been raised.

[4] The impugned provisions are one aspect of the broader fight against drinking and driving, a problem that has preoccupied Parliament and the courts for several decades now. I will therefore begin by reviewing the historical background and the legislative history of these provisions before inquiring into their validity. I will conclude by considering the specific case of the respondent.

1. Historical Background

[5] In 1969, Parliament made it a criminal offence for a person to operate or have the care of a vehicle while his or her blood alcohol level exceeded .08, and made it mandatory under the *Criminal Code* to provide breath samples for analysis for the purpose of determining whether that offence had been committed. Among other things, the relevant provisions required a person stopped by the police to provide breath samples and created a mechanism by which those samples would be analyzed by designated technicians using approved devices. Parliament also introduced presumptions (of accuracy and identity) that would apply if certain conditions were met and would make it easier for the prosecution to prove that a person had operated or had the care of a vehicle while his or her blood alcohol level exceeded the legal limit.

[6] According to the presumption of accuracy, the certificate of the technician responsible for the analyses is presumed to provide an accurate determination of the person's blood alcohol level at the time the breath samples were taken. According to the first presumption of identity, a person's blood alcohol level as shown by the test is presumed to be the same as his or her blood alcohol level at the time of the alleged offence. Pursuant to a second presumption of identity added by Parliament in 1997 (*Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 10(2)), a blood alcohol level that exceeds .08 at the time of the analyses is presumed to

résultats, l'imposition de conditions additionnelles ne constitue pas une limite raisonnable à la présomption d'innocence. Je rejetterais tous les autres moyens constitutionnels soulevés.

[4] Les dispositions contestées s'insèrent dans le contexte plus large de la lutte contre l'alcool au volant, problème qui préoccupe le Parlement et les tribunaux depuis plusieurs décennies. Par conséquent, je replacerai d'abord les dispositions contestées dans leur contexte historique et législatif, puis j'examinerai leur validité. Enfin, je traiterai du cas particulier de l'intimée.

1. Contexte historique

[5] En 1969, le Parlement criminalise la conduite et la garde d'un véhicule avec une alcoolémie supérieure à 0,08 et introduit dans le *Code criminel* un régime obligatoire d'analyse de l'alcool dans l'haleine aux fins de preuve de la commission de l'infraction. Les dispositions pertinentes créent entre autres l'obligation pour la personne interpellée de fournir des échantillons d'haleine, ainsi qu'un mécanisme permettant l'analyse par des techniciens désignés de ces prélèvements au moyen d'appareils approuvés. Le Parlement introduit également des présomptions (d'exactitude et d'identité) qui s'appliquent lorsque certaines conditions sont réunies et qui facilitent la preuve par la poursuite qu'une personne a conduit ou a eu la garde d'un véhicule alors que son alcoolémie dépassait la limite permise.

[6] Suivant la présomption d'exactitude, le certificat du technicien responsable des analyses est présumé fournir une mesure exacte de l'alcoolémie au moment de l'alcootest. De plus, suivant une première présomption d'identité, l'alcoolémie de la personne révélée par l'alcootest est présumée correspondre à son alcoolémie au moment de l'infraction reprochée. Conformément à une deuxième présomption d'identité ajoutée par le Parlement en 1997 (*Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, ch. 18, par. 10(2)), si le taux d'alcool est supérieur à 0,08 au moment des analyses, il est présumé l'avoir été aussi au moment

have also exceeded .08 at the time when the offence was alleged to have been committed (*R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499, at para. 14).

[7] Before the impugned amendments were enacted, the relevant provisions stated that the presumptions could be rebutted by producing “evidence to the contrary”. The Ontario Court of Appeal considered the meaning of the expression “evidence to the contrary” in *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174, and *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266. It held that, under the provisions in force at the time, the testimony of the accused concerning his or her alcohol consumption, combined with an explanation by a toxicologist of the implications of that consumption, could be tendered as “evidence to the contrary” in order to raise a doubt about the results of the breathalyzer test. This defence is known as the “*Carter* defence” after one of the Ontario Court of Appeal cases mentioned above.

[8] In *Gilbert*, Osborne J.A., although acknowledging the validity of the defence, had expressed doubts about the chances of succeeding with it (at p. 280):

An accused who is charged with an offence, the essence of which is that he was driving with an impermissibly high blood-alcohol concentration level must be able to lead evidence as to the quantity of alcohol that he consumed at relevant times. I do not think it is necessary that this kind of evidence be accompanied by an attack on the particular breathalyzer machine, or its operator. It may well be that without such an attack it may be difficult for an accused to have the tendered evidence accepted to the point of raising a reasonable doubt. That, however, does not make the evidence inadmissible generally, or, as I have said, inadmissible because it constitutes an indirect attack on the breathalyzer or its manner of operation.

Despite these reservations, the *Carter* defence proved to be effective, as can be seen from the subsequent cases on this issue.

[9] Moreover, it was held that the prosecution could not generally use roadside sobriety tests

où l’infraction aurait été commise (*R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499, par. 14).

[7] Avant les modifications contestées, les dispositions pertinentes précisait que les présomptions pouvaient être repoussées par une « preuve contraire ». La signification de la notion de « preuve contraire » avait été étudiée par la Cour d’appel de l’Ontario dans les arrêts *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174, et *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266. La Cour d’appel y avait établi que, suivant les dispositions en vigueur à l’époque, le témoignage de la personne accusée sur sa consommation d’alcool — consommation dont les implications étaient expliquées par un toxicologue — pouvait être utilisé comme « preuve contraire » permettant de soulever un doute concernant les résultats de l’alcooltest. Ce moyen de défense est connu sous le nom de « défense de type *Carter* », du nom de l’un des arrêts de la Cour d’appel de l’Ontario mentionnés précédemment.

[8] Dans *Gilbert*, bien qu’il ait reconnu la validité de cette défense, le juge Osborne avait exprimé des doutes sur ses chances de succès (p. 280) :

[TRADUCTION] Lorsque la personne accusée est inculpée d’une infraction qui consiste essentiellement à avoir conduit avec un taux d’alcoolémie trop élevé, cette personne doit être en mesure de produire une preuve relative à la quantité d’alcool qu’elle a consommée au moment pertinent. Il n’est pas nécessaire, selon moi, qu’une telle preuve s’accompagne d’une attaque visant l’alcooltest utilisé ou la personne qui l’a manipulé. Il est fort possible que, sans une telle attaque, l’accusé ait de la difficulté à faire reconnaître que la preuve qu’elle produit soulève un doute raisonnable. Cela ne rend toutefois pas ce genre de preuve inadmissible de façon générale ou encore, comme je l’ai dit, inadmissible pour le motif qu’elle constitue une attaque indirecte contre l’alcooltest ou la manière dont il a été utilisé.

En dépit de ces réserves, la défense de type *Carter* s’est avérée efficace, comme en témoigne d’ailleurs la jurisprudence subséquente sur la question.

[9] De plus, il a été jugé que la poursuite ne peut généralement pas utiliser les vérifications faites par

conducted by the police to incriminate a person who had operated or had the care of a vehicle: *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, at para. 58; *R. v. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (Ont. C.A.); *R. v. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288 (Ont. C.A.); *R. v. Huff*, [2000] O.J. No. 3487 (QL) (Ont. C.A.). Furthermore, the results of a breathalyzer test could not be used to assess the credibility of an accused who raised a *Carter* defence (*Boucher*, at paras. 43 and 64).

[10] Because of these rules, it was thought by some that the statutory presumptions attaching to breathalyzer test results did not operate as Parliament had intended. In *R. v. Powichrowski*, 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376, Judge Duncan described what he saw as an impasse faced by the prosecution in certain impaired driving cases under the former legislative scheme (at para. 23):

An indirect result of the development of the case law, particularly *R. c. Boucher* as interpreted and distinguished in *R. v. Snider* (2006), 31 M.V.R. (5th) 296 (Ont. C.J.) and subsequent decisions, was that in cases involving a *Carter* defence, prosecutors partly abandoned section 258 and attempted to prove their cases the long way around without aid of the statutory presumption of accuracy or, more precisely, the burden of its accompanying jurisprudence. Ironically then, the very legislation that was designed to facilitate proof of the prohibited condition in order to help combat the menace of drinking and driving had become an obstacle to be avoided by the prosecution.

[11] These difficulties were well known. In a 2006 report prepared for the Department of Justice, Brian T. Hodgson, a forensic toxicology consultant, stressed the importance of re-establishing the primacy of the test results:

For the continuing use of the statutory legal limit enunciated in subsection 253(b) CCC, over 80, the law

les policiers sur les lieux de l'interpellation routière concernant la sobriété pour incriminer la personne qui conduit un véhicule ou en a eu la garde : *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, par. 58; *R. c. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (C.A. Ont.); *R. c. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288 (C.A. Ont.); *R. c. Huff*, [2000] O.J. No. 3487 (QL) (C.A. Ont.). Au surplus, la crédibilité de la personne accusée qui présentait une défense de type *Carter* ne pouvait être évaluée au regard des résultats de l'alcootest (*Boucher*, par. 43 et 64).

[10] Au vu de ces règles, certains estimaient que les présomptions législatives relatives aux résultats des alcootests ne remplissaient pas le rôle envisagé par le Parlement. Dans *R. c. Powichrowski*, 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376, le juge Duncan décrit ce qu'il perçoit comme l'impasse dans laquelle se trouvait la poursuite dans certaines affaires de conduite en état d'ébriété sous l'ancien régime législatif (par. 23) :

[TRADUCTION] L'évolution de la jurisprudence à cet égard, particulièrement l'arrêt *R. c. Boucher* — tel qu'il a été interprété et au sujet duquel une distinction a été faite dans *R. c. Snider* (2006), 31 M.V.R. (5th) 296 (C.J. Ont.) et dans des décisions subséquentes — a eu pour conséquence indirecte que, dans des affaires où l'accusé invoquait la défense de type *Carter*, les avocats de la poursuite ont partiellement cessé de s'appuyer sur l'article 258 et plutôt tenté de prouver les accusations en empruntant la voie plus longue, c'est-à-dire sans l'aide de la présomption d'exactitude établie par la loi ou, pour être plus précis, sans les inconvénients de la jurisprudence accompagnant cette présomption. Il est donc ironique de constater que la disposition législative même qui avait été conçue pour faciliter la preuve de l'état physique prohibé, afin d'aider à lutter contre la menace que constitue la conduite automobile avec les facultés affaiblies est devenue un obstacle que doit contourner la poursuite.

[11] Ces difficultés étaient bien connues. Dans un rapport daté de 2006 préparé à l'intention du ministère de la Justice, Brian T. Hodgson, consultant en toxicologie judiciaire, insistait sur l'importance de rétablir la primauté des résultats des analyses :

Si l'on veut pouvoir continuer d'utiliser la limite légale prévue à l'alinéa 253b) du *Code criminel*, soit

needs to reestablish the primacy of scientific evidential results. The defence of “evidence to the contrary” needs to be directed specifically to the factors that impact on the evidential breath alcohol results such as: deficiencies in the test process and/or the drinking patterns of the accused just prior to the time of offence (within 30 minutes) or drinking after the time of offence but before the time of testing. The Supreme Court’s acceptance of the subjective, non-scientific statements of an accused person about his drinking history leading up to the time of offence without reference to the scientific evidential results is incompatible with the scientific basis of 253(b) CCC. [Emphasis added.]

(“The Validity of Evidential Breath Alcohol Testing” (2008), 41 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 83, at p. 94)

[12] On January 30, 2007, Rob Moore, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice, gave an overview of Bill C-32’s restrictions on the type of “evidence to the contrary” that can be tendered to defend against a charge of impaired driving:

Probably the most important change in this bill is the proposal to ensure that only scientifically valid defences can be used where a person is accused of driving with a concentration of alcohol exceeding 80 milligrams in 100 millilitres of blood. This is known as driving over 80.

(*House of Commons Debates*, vol. 141, 1st Sess., 39th Parl., January 30, 2007, at p. 6185)

[13] Bill C-32 died on the Order Paper, however. Then, on October 18, 2007, the government introduced Bill C-2, entitled the *Tackling Violent Crime Act*. Bill C-2 essentially reproduced Bill C-32’s restrictions on evidence to the contrary that would be admissible at a trial involving a charge of driving with a blood alcohol level over the legal limit. The *Tackling Violent Crime Act* (S.C. 2008, c. 6) was assented to on February 28, 2008. Four of the requirements at issue in this appeal came into force

quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang, il faut rétablir la primauté des résultats d’analyses scientifiques mis en preuve. Le moyen de défense fondé sur une « preuve contraire » doit concerner directement les facteurs qui influent sur les résultats de l’analyse de l’alcool dans l’haleine à des fins de preuve, à savoir : des défaillances dans le processus d’analyse et/ou les consommations prises par l’accusé tout juste avant le moment de l’infraction (dans les trente minutes) ou les consommations prises après le moment de l’infraction mais avant l’administration du test. L’acceptation par la Cour suprême des déclarations subjectives non scientifiques de l’accusé au sujet de sa consommation au cours de la période précédant le moment de l’infraction sans référence aux résultats d’analyses scientifiques mis en preuve est incompatible avec le fondement scientifique de l’alinéa 253b) du Code criminel. [Je souligne.]

(« La validité de la preuve recueillie au moyen d’un alcootest » (2008), 41 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 97, p. 109-110)

[12] Le 30 janvier 2007, M. Rob Moore, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice, exposait les grandes lignes du projet C-32 en ce qui concerne la restriction du type de « preuve contraire » pouvant être opposé à une accusation de conduite avec capacités affaiblies :

Probablement que la plus importante modification que propose ce projet de loi est celle qui vise à assurer que seuls les moyens de défense fondés sur des facteurs valides du point de vue scientifique pourront être utilisés dans le cas d’une personne accusée de conduite avec un taux d’alcoolémie supérieur à 80 milligrammes par 100 millilitres de sang. C’est ce qu’on appelle conduire avec une alcoolémie supérieure à 0,08.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, 1^{re} sess., 39^e lég., 30 janvier 2007, p. 6185)

[13] Ce projet est toutefois mort au feuillet et, le 18 octobre 2007, le gouvernement a déposé le projet de loi C-2, intitulé *Loi sur la lutte contre les crimes violents*. Celui-ci reprenait essentiellement la restriction prévue par le projet de loi C-32 à l’égard de la preuve contraire admissible lors d’un procès portant sur une accusation de conduite avec un taux d’alcoolémie supérieur à la limite légale. La *Loi sur la lutte contre les crimes violents* (L.C. 2008, ch. 6) a été sanctionnée le 28 février 2008.

on July 2, 2008, while the fifth dates back to 1997. All the provisions in question are reproduced in the Appendix.

2. Changes Resulting from the New Provisions

[14] Before beginning the constitutional analysis, I should explain how the scheme applicable to prosecutions for driving with a blood alcohol level over the legal limit has been restructured by the statutory amendments.

2.1 *Presumptions*

[15] Before 2008, it was settled law that s. 258 *Cr. C.* established two presumptions of identity and one presumption of accuracy. The amendments have not changed the nature of these presumptions. Section 258(1)(c) *Cr. C.* establishes a presumption of accuracy of the results of the analyses, and a presumption of identity according to which the results are presumed to correspond to the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. (In the past, this Court placed the presumption of accuracy in s. 258(1)(g) *Cr. C.* However, the 2008 amendments indicate clearly that Parliament intended them to apply to both the presumption of accuracy and the presumptions of identity, and that it was also incorporating the presumption of accuracy into s. 258(1)(c).) Section 258(1)(d.1) *Cr. C.* establishes a second presumption of identity according to which a blood alcohol level over .08 at the time of the analysis is presumed to be the same as the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence.

2.2 *Standard of Proof*

[16] Nor has the standard of proof that must be met to rebut the presumptions been changed. In *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, this Court stated that evidence to the contrary tendered by the accused in respect of the test results was sufficient if it raised a reasonable doubt. In *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397, the Court held that the two expressions “evidence tending to

Quatre des exigences contestées dans le présent pourvoi sont entrées en vigueur le 2 juillet 2008, la cinquième remonte à 1997. Toutes ces dispositions sont reproduites en annexe.

2. Changements apportés par les nouvelles dispositions

[14] Avant d’amorcer l’analyse constitutionnelle, il convient de préciser en quoi les modifications législatives réaménagent le régime applicable en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale.

2.1 *Les présomptions*

[15] Avant 2008, il était bien établi que l’art. 258 *C. cr.* créait deux présomptions d’identité et une présomption d’exactitude. Les modifications législatives n’ont pas changé la nature de ces présomptions. L’alinéa 258(1)c) *C. cr.* contient une présomption d’exactitude des résultats des analyses ainsi qu’une présomption d’identité selon laquelle les résultats sont présumés correspondre au taux d’alcoolémie de la personne accusée au moment de l’infraction reprochée. (Notre Cour, dans le passé, a situé la présomption d’exactitude à l’al. 258(1)g) *C. cr.* Cependant, les modifications de 2008 indiquent clairement que le Parlement a voulu viser tant la présomption d’exactitude que les présomptions d’identité et qu’il a aussi intégré à l’al. 258(1)c) la présomption d’exactitude.) L’alinéa 258(1)d.1) *C. cr.* établit pour sa part une deuxième présomption d’identité, suivant laquelle un taux d’alcoolémie supérieur à 0,08 au moment de l’analyse est présumé correspondre à celui qui existait au moment de l’infraction reprochée.

2.2 *La norme de preuve*

[16] La norme de preuve requise pour réfuter les présomptions n’a pas non plus changé. Dans l’arrêt *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, notre Cour a précisé qu’il était suffisant que la preuve contraire présentée par la personne accusée à l’encontre des résultats d’analyses soulève un doute raisonnable. Dans *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397, notre Cour a déclaré que l’expression

show” and “evidence to the contrary” gave rise to the same standard: reasonable doubt (para. 17). The use of the word “conclusive” in s. 258(1)(c) *Cr. C.* does not mean that the presumptions are irrebuttable, as evidence to the contrary can still be presented to counter them.

2.3 Evidence

[17] The statutory amendments affect the evidence that can be adduced to rebut the presumption of accuracy and the first presumption of identity. The combined effect of the requirements set out in s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* is to preclude the *Carter* defence in its previous form. The accused can no longer simply present a *Carter* defence. Rather, he or she must (1) raise a doubt that the instrument was functioning or was operated properly, (2) show that the malfunction or improper operation of the instrument resulted in the determination that his or her blood alcohol level exceeded the legal limit, and (3) show that his or her blood alcohol level would not in fact have exceeded that limit at the time when the offence was alleged to have been committed. I cannot accept the interpretation according to which the third of these requirements from s. 258(1)(c) *Cr. C.* is not in fact a distinct requirement but follows from proof of the first two (*Powichrowski*, at para. 31). The wording of the English version of the provision makes it clear that this third requirement is indeed a separate one: the accused must produce evidence tending to show “three things”. Under the provisions as amended, mere evidence that a deficiency in the test process led to a result over .08 is not enough; Parliament also requires that the evidence raise a doubt that the blood alcohol level of the accused in fact exceeded .08. Whereas the evidence needed to satisfy the first two requirements relates to circumstances directly associated with the taking of samples using the instrument, a *Carter* defence will usually be needed to satisfy the third.

« preuve tendant à démontrer » établissait la même norme que l’expression « toute preuve contraire », soit le doute raisonnable (par. 17). L’utilisation des mots « de façon concluante » à l’al. 258(1)c) *C. cr.* n’a pas pour effet de rendre les présomptions irréfutables, car une preuve contraire peut toujours être présentée pour les mettre en échec.

2.3 Les moyens de preuve

[17] Les modifications législatives affectent les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d’exactitude et la première présomption d’identité. Le jeu combiné des exigences des al. 258(1)c) et 258(1)d.01) *C. cr.* a pour effet d’écarter la défense de type *Carter* telle qu’elle était auparavant mise en œuvre. La personne accusée ne peut plus simplement se contenter de présenter une telle défense. Elle doit premièrement soulever un doute sur le bon fonctionnement ou l’utilisation correcte de l’appareil, deuxièmement démontrer que le taux d’alcoolémie supérieur à la limite légale indiqué par l’analyse résulte du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’appareil, et, troisièmement, que son taux d’alcoolémie au moment où l’infraction aurait été commise ne dépassait pas cette limite. Je ne peux accepter l’interprétation voulant que le troisième élément de l’al. 258(1)c) *C. cr.* ne constitue pas une exigence supplémentaire, mais découle de la preuve des deux premiers éléments (*Powichrowski*, par. 31). Le texte anglais de la disposition fait clairement ressortir que ce troisième élément constitue une exigence distincte : la personne accusée doit présenter une preuve tendant à démontrer trois éléments (« *the following three things* »). La seule preuve d’une défaillance qui serait survenue dans le processus de prélèvement et aurait causé un résultat supérieur à 0,08 n’est pas suffisante selon le texte des dispositions modifiées; le législateur exige également que la preuve souleve un doute sur le fait que le taux d’alcoolémie de la personne accusée dépassait 0,08. Si les deux premières exigences requièrent une preuve fondée sur les circonstances entourant directement la prise des échantillons à l’aide de l’alcootest, la troisième requerra le plus souvent une défense de type *Carter*.

[18] In short, although the *Carter* defence may formerly have been sufficient to rebut the presumption of accuracy and the first presumption of identity, this is no longer the case. Two additional requirements must now be satisfied.

[19] Where an accused challenges the second presumption of identity — according to which, if a person's blood alcohol level exceeds .08 at the time of the analysis, the same is presumed to have been true at the time of the offence (s. 258(1)(d.1) *Cr. C.*) — he or she is not challenging the test results. Rather, the accused is arguing that, because he or she consumed alcohol shortly before the samples were taken, the result indicating a level exceeding .08 does not correspond to his or her blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed. Under the new provisions, the accused can rebut this presumption only by showing that his or her consumption of alcohol was consistent both with a blood alcohol level not exceeding .08 at the time of the offence and with the results of the breathalyzer test. A *Carter* defence is therefore required to discharge this burden.

3. Issues

[20] Three statutory provisions are in issue, and several arguments are raised against each of them. I will proceed as follows: First, I will consider whether the three requirements provided for in s. 258(1)(c) and clarified by s. 258(1)(d.01) are consistent with the right to be presumed innocent. Because I conclude that the second and third requirements are invalid, only the first requirement will then have to be reviewed in relation to the right to make full answer and defence. The arguments concerning the protection against self-incrimination will not be considered in relation to s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.*, because they do not apply to them in light of my conclusions with respect to those provisions. I will then consider whether the two requirements established in s. 258(1)(d.1) are valid having regard to the right to be presumed innocent and the protection against self-incrimination. Finally, I will review the trial judge's decision and reasons in this case.

[18] En somme, alors que la défense de type *Carter* pouvait auparavant suffire pour repousser la présomption d'exactitude et la première présomption d'identité, ce n'est désormais plus le cas. Deux éléments additionnels doivent maintenant être établis.

[19] En cas de contestation de la deuxième présomption d'identité — celle précisant que, si le taux d'alcool est supérieur à 0,08 au moment de l'analyse, il est présumé l'avoir été aussi au moment de l'infraction (al. 258(1)d.1) *C. cr.*) —, la personne accusée ne remet pas en cause les résultats des analyses. Elle prétend plutôt que, parce qu'elle a consommé de l'alcool peu de temps avant les analyses, le résultat indiquant un taux supérieur à 0,08 ne correspond pas à son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise. En vertu des nouvelles dispositions, la personne accusée ne peut réfuter cette présomption qu'en démontrant que sa consommation d'alcool est compatible à la fois avec une alcoolémie ne dépassant pas 0,08 au moment de l'infraction et avec les résultats de l'alcootest. Pour s'acquitter de ce fardeau, la personne accusée doit donc présenter une défense de type *Carter*.

3. Questions en litige

[20] Trois dispositions législatives sont contestées et plusieurs arguments sont soulevés à l'encontre de chacune d'elles. L'ordre que je suivrai est le suivant : je vérifierai d'abord si les trois exigences qui sont prévues à l'al. 258(1)c) et précisées à l'al. 258(1)d.01) sont conformes à la présomption d'innocence. Compte tenu de ma conclusion que les deuxième et troisième exigences sont invalides, seule la première exigence devra être étudiée au regard du droit à une défense pleine et entière. Les arguments concernant la protection contre l'auto-incrimination ne seront pas considérés en relation avec les al. 258(1)c) et 258(1)d.01) *C. cr.*, parce qu'ils n'ont pas d'objet eu égard à ce qui est retenu de ces dispositions. J'examinerai ensuite la validité des deux exigences établies à l'al. 258(1)d.1) au regard du droit à la présomption d'innocence et de la protection contre l'auto-incrimination. Enfin, j'examinerai la décision et les motifs du juge de première instance dans la présente affaire.

4. Compatibility of Section 258(1)(c) and Section 258(1)(d.01) with the Right to Be Presumed Innocent (Section 11(d) of the Charter)

4.1 *Do these Provisions Infringe the Protected Right?*

[21] If the conditions for the taking of breath samples set out in s. 258(1)(c) are met, the trial judge *must* find that the test results adduced in evidence by the prosecution are, as indicated in that same provision, conclusive proof, for the purposes of the charge, of the blood alcohol level of the accused both at the time when the analyses were made and at the time when the offence was alleged to have been committed unless the accused succeeds in rebutting the presumptions of accuracy and identity.

[22] In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and in several subsequent cases, the Court considered statutory presumptions adopted to facilitate the prosecution's task. Under the statutory provision at issue in *Oakes*, possession of a narcotic gave rise to a presumption against the accused that he or she had the intention to traffic in that substance. The prosecution was thus exempted from proving an essential element of the offence, namely the intention to traffic in a narcotic, and the onus was on the defence to disprove this element. Another presumption was considered in *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10. Under s. 195(2) *Cr. C.* (now s. 212(3)), living with or being habitually in the company of prostitutes gave rise to a presumption that the person in question was living on the avails of prostitution. Like the provision at issue in *Oakes*, the one at issue in *Downey* required the defence to raise a doubt with respect to an essential element of the offence.

[23] The statutory presumptions established in s. 258(1)(c) *Cr. C.* operate differently than the ones at issue in *Oakes* and *Downey*. Section 258(1)(c) does not exempt the prosecution from proving that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit, which is an essential element of

4. Conformité des al. 258(1)c) et 258(1)d.01) avec la présomption d'innocence (al. 11d) de la Charte)

4.1 *Ces dispositions portent-elles atteinte au droit garanti?*

[21] Lorsque les conditions de l'al. 258(1)c) relatives au prélèvement d'échantillons d'haleine sont réunies, le juge du procès *doit* conclure que les résultats d'analyses mis en preuve par la poursuite font, tels qu'interprétés par la disposition, foi de l'alcoolémie de la personne accusée pour les besoins de l'accusation, tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, à moins qu'elle ne réussisse à réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité.

[22] Dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et à plusieurs occasions depuis, la Cour a eu l'occasion de se pencher sur des présomptions légales facilitant la tâche de la poursuite. En vertu de la disposition législative étudiée dans *Oakes*, la possession d'un stupéfiant faisait naître à l'encontre de la personne accusée une présomption que celle-ci avait eu l'intention de se livrer au trafic de cette substance. La poursuite était ainsi dispensée de faire la preuve d'un élément essentiel de l'infraction, soit l'intention de faire le trafic d'un stupéfiant, et il incombait à la défense de réfuter l'existence de cet élément. Une autre présomption a été examinée dans *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10. Aux termes du par. 195(2) *C. cr.* (maintenant le par. 212(3)), le fait de vivre ou de se trouver habituellement en compagnie de prostitués faisait naître une présomption que la personne vivait des produits de la prostitution. Comme pour la disposition en cause dans *Oakes*, celle contestée dans *Downey* avait pour effet d'imposer à la défense l'obligation de soulever un doute quant à un élément essentiel de l'infraction.

[23] Les présomptions légales établies par l'al. 258(1)c) *C. cr.* fonctionnent de manière différente de celles que l'on retrouve dans *Oakes* et *Downey*. En effet, l'al. 258(1)c) ne dispense pas la poursuite de faire la preuve que la personne accusée avait une alcoolémie supérieure à la limite légale, un élément

the offence. However, in proving this essential element, the prosecution can rely on the test results without having to prove that they are valid. In sum, although the prosecution is not exempted from proving an essential element of the offence, the accused must nevertheless raise a doubt about a fact that the prosecution has not established in accordance with the rules of criminal evidence.

[24] A statutory presumption violates the right to be presumed innocent if its effect is that an accused person can be convicted even though the trier of fact has a reasonable doubt (*R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at pp. 654-56; *Downey*, at p. 21). In *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, the Court stressed that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the analysis regarding the right to be presumed innocent. “If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused” (p. 18). What is important for the purpose of determining whether the right to be presumed innocent is violated is not whether the statutory presumption relates to an essential element of the offence, but whether it exempts the prosecution from establishing the guilt of the accused beyond a reasonable doubt before the accused must respond (*Oakes*, at p. 121; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357). Thus, like the presumption at issue in *Oakes*, the ones established in s. 258(1)(c) will violate the right to be presumed innocent if they can result in the conviction of an accused in spite of a reasonable doubt that the accused is in fact guilty.

[25] It is therefore necessary to inquire into the effect of the presumptions of accuracy and identity provided for in s. 258(1)(c) *Cr. C.* The expert evidence filed in the instant case reveals that the possibility of an instrument malfunctioning or being used improperly when breath samples are taken is

essentiel de l’infraction. Cependant, pour prouver cet élément essentiel, la poursuite peut s’appuyer sur des résultats d’analyses sans être tenue d’en démontrer la validité. En somme, quoique la poursuite ne soit pas dispensée d’apporter la preuve d’un élément essentiel de l’infraction, la personne accusée doit tout de même susciter un doute à l’égard d’un fait que la poursuite n’a pas établi en suivant les règles de la preuve du droit criminel.

[24] Une présomption légale porte atteinte à la présomption d’innocence si elle fait en sorte qu’une personne accusée peut être déclarée coupable alors qu’il subsiste un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits (*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 654-656; *Downey*, p. 21). Dans *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, la Cour a souligné que la distinction entre les éléments de l’infraction et d’autres aspects de l’accusation n’avait pas d’effet sur l’analyse de la présomption d’innocence. « Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d’être déclaré coupable, elle viole la présomption d’innocence parce qu’elle permet une déclaration de culpabilité malgré l’existence d’un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l’accusé » (p. 18). Ce qui importe pour les besoins de l’analyse de l’atteinte à la présomption d’innocence n’est pas de savoir si la présomption légale a trait à un élément essentiel de l’infraction, mais plutôt de déterminer si elle dispense la poursuite d’établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de la personne accusée avant que celle-ci n’ait à répondre (*Oakes*, p. 121; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 357). Par conséquent, tout comme la présomption contestée dans *Oakes*, les présomptions de l’al. 258(1)(c) porteront atteinte à la présomption d’innocence si elles peuvent entraîner la condamnation d’une personne accusée malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

[25] Il faut donc s’interroger sur l’effet des présomptions d’exactitude et d’identité prévues par l’al. 258(1)(c) *C. cr.* La preuve d’expertise produite dans la présente instance révèle que la possibilité de mauvais fonctionnement ou de mauvaise utilisation de l’appareil lors de la prise d’échantillons

not merely speculative, but is very real. 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 and verify that they are properly maintained: “Recommended Standards and Procedures of the Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee” (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 1. The Committee states that before collecting a breath sample, the qualified technician must, among other things, observe the test subject for 15 minutes, conduct a system blank test and a system calibration check, and verify the temperature of the alcohol standard, and that the alcohol standard must be changed after a certain number of calibration checks. The Committee also recommends that approved instruments be inspected on an annual basis to ensure that they continue to meet the manufacturer’s technical specifications. According to the Committee, the calibration and maintenance of instruments are essential “to the integrity of the breath test program” (p. 14).

[26] The Committee’s recommendations shed light on the circumstances that might explain how an instrument malfunctioned or was used improperly. 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]

Moreover, Parliament recognized the importance of following such practices and procedures in s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01), since the accused can rebut the presumptions by showing that

d’haleine n’est pas fondée sur de simples conjectures, mais est bien réelle. 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 et vérifient leur bon entretien : « Normes et procédures recommandées par la Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool » (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 31. 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, effectuer un test à blanc de l’appareil, vérifier l’étalonnage de l’appareil, vérifier la température de la solution d’alcool type et changer de solution d’alcool après un certain nombre d’utilisations. Par ailleurs, le Comité recommande que les appareils approuvés soient inspectés annuellement pour s’assurer qu’ils continuent de respecter les spécifications techniques du fabricant. Selon le Comité, l’étalonnage et l’entretien des appareils sont essentiels « afin de garantir l’intégrité du programme d’analyse de l’alcool dans l’haleine » (p. 45).

[26] Les recommandations du Comité font bien ressortir les circonstances qui pourraient expliquer un mauvais fonctionnement ou une utilisation incorrecte de l’appareil. 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]

Le Parlement a d’ailleurs reconnu l’importance du respect de telles pratiques et procédures dans le texte des al. 258(1)c) et 258(1)d.01), puisque la personne accusée peut réfuter les présomptions en

the instrument was not properly maintained or operated.

[27] However, Parliament did not adopt the Committee's recommendations, and the prosecution referred to no alternative mechanisms that would enable a court to find that the instruments are generally maintained and operated properly or that the rate of failure attributable to improper maintenance or operation is insignificant. The trier of fact could therefore entertain a reasonable doubt about the validity of the test results, since he or she will not have shown why they can be relied on in the case of the accused who is on trial. But a judge who entertains such a doubt will nevertheless remain bound by the statutory presumptions and will be required to convict the accused unless the accused rebuts those presumptions in accordance with the requirements of s. 258(1)(c). In view of the mechanism for applying the statutory presumptions established in s. 258(1)(c), I find that s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) infringe s. 11(d) of the *Charter*.

[28] I wish to stress, however, that it is not because the test results could differ from the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence that s. 258(1)(c) infringes the right to be presumed innocent. Rather, the infringement lies in the fact that, as Parliament recognized, the instruments can malfunction or be operated improperly, and therefore that the trier of fact could have a reasonable doubt about the guilt of the accused where the only evidence before him or her consists of the test results.

[29] A clear distinction must be drawn between the stage of determining whether protected rights have been infringed and that of determining whether the infringement is justified. Parliament may have had good reasons for enacting the legislation in question. For instance, the fact that evidence based on DNA analysis is scientifically reliable does not mean that taking DNA samples does not infringe a protected right. If the measures

démontrant que l'appareil n'a pas été bien entretenu ou manipulé.

[27] Le Parlement n'a cependant pas adopté les recommandations du Comité et la poursuite n'a pas fait état de mécanismes de rechange permettant à un tribunal de conclure que les appareils ont généralement été bien entretenus et utilisés ou que le taux de défaillance attribuable à un mauvais entretien ou à une utilisation incorrecte est négligeable. Le juge des faits pourrait donc entretenir un doute raisonnable quant à la validité des résultats d'analyses, car on ne lui aura pas démontré pourquoi il peut s'y fier dans le cas de la personne accusée qui subit son procès devant lui. Le juge qui entretient un tel doute demeure néanmoins tenu par les présomptions légales et devra prononcer une déclaration de culpabilité, à moins que la personne accusée ne repousse ces présomptions conformément aux exigences de l'al. 258(1)c). Compte tenu du mécanisme d'application des présomptions légales prévues à l'al. 258(1)c), je conclus que les al. 258(1)c) et 258(1)d.01) portent atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*.

[28] Je tiens toutefois à souligner que ce n'est pas parce qu'il peut y avoir une divergence entre les résultats d'analyses et le taux d'alcoolémie de la personne accusée au moment de l'infraction reprochée que l'al. 258(1)c) porte atteinte à la présomption d'innocence. L'atteinte découle plutôt du fait que, comme le reconnaît le Parlement, l'appareil peut mal fonctionner ou avoir été mal utilisé, et donc que le juge des faits peut avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de la personne accusée lorsque la preuve qui lui est soumise est constituée des seuls résultats d'analyses.

[29] Il y a lieu de bien distinguer l'étape de l'atteinte aux droits protégés de celle de la justification. Le Parlement peut avoir eu de bonnes raisons d'adopter un régime législatif donné. Par exemple, ce n'est pas parce qu'une preuve fondée sur une analyse génétique est scientifiquement fiable qu'un prélèvement de matière génétique n'enfreint pas un droit protégé. Si les mesures choisies par le Parlement enfreignent les droits protégés par la

adopted by Parliament infringe *Charter* rights, the court determining whether the impugned measures are constitutional must consider the justification given for them.

4.2 *Is the Infringement Justified?*

[30] This Court has recognized in a number of cases that a statutory presumption that infringes s. 11(d) of the *Charter* can nevertheless be justified under s. 1 of the *Charter*: *Whyte; Downey; R. v. Hummel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 8 (Ont. H.C.J.); *R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (Ont. C.A.). According to the principles stated in those cases, the means available to the accused to rebut the presumption are relevant at the stage of justifying the infringement.

[31] Whether a statutory presumption can be justified under s. 1 depends on several factors, including the importance of the legislative objective, how difficult it would be for the prosecution to prove the substituted fact beyond a reasonable doubt, whether it is possible, and how easy it is, for the accused to rebut the presumption, and, as can be seen from the instant case, scientific advances.

[32] The test for determining whether a statutory provision that infringes a *Charter* right can nevertheless be justified under s. 1 is well known. It was established in *Oakes*.

[33] Parliament's decision to resort to the presumptions of accuracy and identity to help combat the problems resulting from drinking and driving is not at issue in this appeal; rather, what are at issue are the means available to rebut those presumptions. Parliament intended to limit the evidence that can be adduced to raise a reasonable doubt about the reliability of the test results. As can be seen from the legislative history, the objective of the amendments, which form part of a scheme whose purpose is to "reduc[e] the carnage caused by impaired driving" (*Orbanski*, at para. 55), was to give the reliability of the test results a weight consistent with their scientific value.

Charte, le tribunal chargé d'évaluer la constitutionnalité des mesures contestées doit examiner la justification avancée.

4.2 *L'atteinte est-elle justifiée?*

[30] Notre Cour a maintes fois reconnu qu'une présomption légale portant atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* peut néanmoins être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte* : *Whyte; Downey; R. c. Hummel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 8 (H.C.J. Ont.); *R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Ont.). Suivant les principes énoncés dans ces arrêts, les moyens dont dispose la personne accusée pour réfuter la présomption sont pertinents au stade de la justification de l'atteinte.

[31] La justification d'une présomption légale au regard de l'article premier dépend de plusieurs facteurs, notamment des suivants : l'importance de l'objectif législatif, la difficulté pour la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable le fait substitué, la possibilité pour la personne accusée de repousser la présomption et la facilité avec laquelle elle peut le faire et, comme le révèle le présent cas, les progrès scientifiques.

[32] La grille d'analyse à suivre pour décider si une disposition législative portant atteinte à un droit garanti par la *Charte* est par ailleurs justifiée au regard de l'article premier est bien connue. Elle a été établie dans *Oakes*.

[33] La décision du Parlement de recourir aux présomptions d'exactitude et d'identité dans sa lutte contre les problèmes causés par l'alcool au volant n'est pas contestée dans le présent pourvoi; ce sont plutôt les moyens ouverts pour contrer ces présomptions qui le sont. Le Parlement a voulu limiter la preuve susceptible d'être présentée pour soulever un doute raisonnable concernant la fiabilité des résultats des analyses. Comme le révèle l'historique des modifications législatives, celles-ci s'inscrivent dans un régime ayant pour but de « réduire le carnage attribuable à l'alcool au volant » (*Orbanski*, par. 55) et elles avaient pour objectif de conférer à la fiabilité des résultats des analyses un poids qui corresponde à la valeur scientifique de ces résultats.

[34] The reliability of breathalyzer tests was explicitly mentioned in the abstract of Hodgson's report:

The scientific basis for evidential breath alcohol testing is well established. Experiments derived from a recognized scientific law in physics have proven the scientific validity of breath analysis to determine alcohol concentration in the blood. Instruments designed to measure breath alcohol content are based on technology that is capable of producing scientifically sound results. Like Canada, every country that embarks on evidential breath alcohol analysis subjects these instruments to a rigorous evaluation process. These processes determine whether the instruments meet the scientific standards for accuracy, precision, reliability and specificity. [p. 83]

[35] Specific evidence concerning the reliability of the Alco-Sensor IV-RBT IV and Intoxilyzer 5000C instruments was first adduced in *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610, a case also heard by Judge Chapdelaine, who presided over the respondent's trial. The parties consented to the filing of that evidence in the case at bar (2010 QCCQ 8552 (CanLII)). In *Drolet*, Judge Chapdelaine found that, as a whole, the scientific evidence produced by the Attorney General of Quebec, the Barreau du Québec and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense provided [TRANSLATION] "ample" proof of the reliability of the instruments in question (para. 189).

[36] Both Hodgson's report and the comments of Judge Duncan in *Powichrowski* illustrate the problems associated with evidence of breathalyzer test results under the former legislative scheme: such evidence could be rejected on the basis of the testimony of the accused, which was sometimes characterized as subjective recollection. Because it was hard to rely on the test results as effective evidence, the presumptions were less useful than they might have been, and the prosecution was hindered in its efforts to combat drinking and driving. I find that the objective of the amendments — to give the results a weight consistent with their scientific value — is pressing and substantial. As I have already mentioned, however, the three requirements of s. 258(1)(c) are in fact separate, and cumulative.

[34] La fiabilité des alcootests fait l'objet de mentions explicites dans le résumé du rapport Hodgson :

Le fondement scientifique de la preuve recueillie au moyen d'un alcootest est bien établi. Des expériences dérivées d'une loi scientifique reconnue en physique ont prouvé la validité scientifique de l'analyse de l'haleine pour déterminer la concentration d'alcool dans le sang. Les instruments conçus pour mesurer la teneur en alcool de l'haleine s'appuient sur une technologie qui est capable de produire des résultats rigoureusement scientifiques. À l'instar du Canada, chaque pays qui adopte l'utilisation d'alcootests à des fins de preuve assujettit ces instruments à un processus d'évaluation rigoureux. Ces processus déterminent si les instruments répondent aux normes scientifiques relatives à l'exactitude, à la précision, à la fiabilité et à la spécificité. [p. 97]

[35] Une preuve particularisée de la fiabilité des appareils Alco-Sensor IV-RBT IV et Intoxilyzer 5000C a d'abord été produite dans l'affaire *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610, elle aussi entendue par le juge Chapdelaine, qui a présidé le procès de l'intimée. En l'espèce, les parties ont consenti à ce que cette preuve soit versée au dossier (2010 QCCQ 8552 (CanLII)). Dans l'affaire *Drolet*, le juge Chapdelaine a conclu que l'ensemble de la preuve scientifique présentée par le procureur général du Québec, le Barreau du Québec et l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense établissait « amplement » la fiabilité des appareils en question (par. 189).

[36] Tant le rapport Hodgson que les commentaires du juge Duncan dans *Powichrowski* font bien ressortir les difficultés que soulevait la preuve des résultats des alcootests sous l'ancien régime législatif, car ceux-ci pouvaient être rejetés sur la foi du témoignage de la personne accusée, témoignage parfois qualifié de souvenir subjectif. La difficulté d'invoquer efficacement les résultats des analyses diminuait l'utilité des présomptions et entravait les efforts déployés par la poursuite pour combattre l'alcool au volant. Je reconnais que l'objectif des modifications — à savoir conférer aux résultats un poids compatible avec leur valeur scientifique — est urgent et réel. Comme je l'ai cependant déjà souligné, les trois éléments prévus à l'al. 258(1)c) constituent en fait trois exigences distinctes

I will consider them separately for the remainder of the justification analysis under s. 1 of the *Charter*.

4.2.1 Evidence of the Malfunction or Improper Operation of the Instrument

[37] Once the objective has been found to be valid, the *Oakes* test requires that a rational connection be established between the objective and the means adopted to attain it. It is clear from the words of s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* that evidence relating directly to the instrument itself or to its operation is now required in order to cast doubt on the reliability of breathalyzer test results. A mere inference based on an individual's rate of absorption or elimination of alcohol, which is what was required for a *Carter* defence, is no longer enough. The accused must now raise a doubt that the instrument was functioning or was operated properly.

[38] In my opinion, the requirement that the accused adduce evidence concerning the functioning or operation of the instrument is rationally connected with Parliament's objective. According to the scientific evidence on which Parliament relied, if the instrument functions properly and all the relevant procedures are followed, the results should be reliable. It is therefore logical to provide that the results can be challenged only by raising problems that can be objectively identified and that relate to possible deficiencies in the instrument itself or in the procedure followed in operating it.

[39] In addition to establishing a rational connection, the appellants had to show that the measure violates the right to be presumed innocent as little as reasonably possible (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772). In the minimal impairment inquiry, the court must not second-guess Parliament and try to identify the least intrusive solution. In *Downey*, this Court stated that "Parliament is not required to choose the absolutely least intrusive alternative in order to satisfy this branch of the analysis. Rather the issue is 'whether Parliament could reasonably have chosen

et cumulatives. Ces éléments seront analysés séparément pour la suite de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier de la *Charte*.

4.2.1 Preuve du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'appareil

[37] Suivant la grille d'analyse établie dans l'arrêt *Oakes*, une fois la validité de l'objectif reconnue, le lien rationnel entre cet objectif et les moyens mis en œuvre pour le réaliser doit être établi. Le texte des al. 258(1)c) et 258(1)d.01) *C. cr.* démontre clairement qu'une preuve ayant directement trait à l'appareil ou à son utilisation est dorénavant requise pour mettre en doute la fiabilité des résultats de l'alcootest. Une simple inférence fondée sur le taux d'absorption ou d'élimination de l'alcool par une personne, comme c'était le cas lorsqu'une défense de type *Carter* était présentée, ne suffit plus. La personne accusée doit désormais soulever un doute quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'appareil.

[38] L'obligation d'apporter une preuve ciblant le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil présente, à mon avis, un lien rationnel avec l'objectif visé par le législateur. La preuve scientifique sur laquelle se base ce dernier indique que, si l'appareil fonctionne correctement et si toutes les procédures sont suivies, les résultats devraient être fiables. Il est donc logique de requérir de la personne qui conteste ces résultats de se limiter à des problèmes objectivement identifiables et visant les possibles défaillances de l'appareil ou de la procédure suivie lors de son utilisation.

[39] Outre l'existence d'un lien rationnel, les appelants devaient démontrer que la mesure porte aussi peu atteinte qu'il est raisonnablement possible de le faire à la présomption d'innocence (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772). En faisant l'examen de l'atteinte minimale, le tribunal ne doit pas se substituer au législateur et tenter de concevoir la solution la moins attentatoire. Dans l'arrêt *Downey*, notre Cour a précisé que « le législateur n'est pas tenu de choisir le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, pour satisfaire à cette partie de l'analyse. La question

an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively” (p. 37, quoting *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1341). The latitude accorded to Parliament depends largely on the context. Hence, penal legislation that directly threatens a person’s liberty will be assessed differently than a complex regulatory response to a social problem (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paras. 35 and 37).

[40] The reliability of breathalyzer tests has been recognized in Hodgson’s report, as well as by expert witnesses across the country (for example, Brian Image, James Wigmore, Kerry Blake and Robert Langille), by several courts (the Alberta Provincial Court in *R. v. Duff*, 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122, the British Columbia Provincial Court in *R. v. Gillespie*, 2010 BCPC 207 (CanLII), the Ontario Court of Justice in *Powichrowski* and in *R. v. Muzuva* (2010), 206 C.R.R. (2d) 18, and the Court of Québec in *R. v. Cayer*, 2010 QCCQ 9352 (CanLII)), and by the judge who heard the respondent’s case. Thus, the validity of Parliament’s chosen method is supported by scientific evidence that is accepted by the scientific and legal communities.

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

[42] Since the nature and scope of the evidence that might be considered relevant has not been argued on this appeal, it would not be appropriate to rule on the specific limits of that evidence. I will merely note that, in light of the evidence accepted by the trial judge, there are several pieces

est plutôt “de savoir si le législateur aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d’atteindre de façon aussi efficace l’objectif identifié” » (p. 37, citant *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1341). La latitude accordée au législateur est largement tributaire du contexte. En effet, une loi pénale qui menace directement la liberté d’une personne sera évaluée différemment d’une mesure réglementaire complexe visant à remédier à un problème social (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 35 et 37).

[40] La fiabilité des alcootests a été reconnue dans le rapport Hodgson ainsi que par des témoins experts à travers le pays (à titre d’exemple Brian Image, James Wigmore, Kerry Blake et Robert Langille), par plusieurs tribunaux (la Cour provinciale de l’Alberta dans *R. c. Duff*, 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122, la Cour provinciale de la Colombie-Britannique dans *R. c. Gillespie*, 2010 BCPC 207 (CanLII), la Cour de justice de l’Ontario dans *Powichrowski* et dans *R. c. Muzuva* (2010), 206 C.R.R. (2d) 18, la Cour du Québec dans *R. c. Cayer*, 2010 QCCQ 9352 (CanLII)), et par le juge saisi du cas de l’intimée. Le bien-fondé du moyen choisi par le Parlement est donc soutenu par une preuve scientifique acceptée par les communautés scientifique et juridique.

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

[42] Comme la nature et l’étendue de la preuve qui pourrait être jugée pertinente n’ont pas fait l’objet d’un débat contradictoire dans le présent pourvoi, il ne convient pas d’en étudier les limites précises. Je me contenterai de signaler que, suivant la preuve retenue par le juge de première instance, lors d’une

of evidence that can be provided to a person who is charged under s. 253(1)(b) *Cr. C.*, including the breathalyzer readings, the qualified technician's certificate and the analyst's certificate concerning the sample of the alcohol standard.

[43] 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.

[44] The Barreau du Québec and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense argue on the basis of Judge Lortie's decision in *R. v. Laforge*, 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537, that Parliament could have opted for a less intrusive statutory amendment. In *Laforge*, Judge Lortie expressed the view that Parliament could simply have allowed the accused to present a *Carter* defence, but authorized the trier of fact to assess the credibility of the accused in light of the breathalyzer test results (at para. 272):

[TRANSLATION] Bill C-2 was clearly meant to be a response to *Boucher*, in which it was held that breathalyzer test results could not be considered in assessing credibility. In this context, Parliament could have amended the legislation to authorize such an assessment. Thus, the trial judge would exercise his or her discretion and assess the consumption theory of the accused in light of the evidence as a whole. In other words, a *St. Pierre* amendment that is less intrusive and would be held to be valid by the courts.

[45] The scientific data presented at the time of the enactment of the new provisions show that Parliament intended to do more than simply adjust the wording that had been interpreted in *Boucher*. Apart from the theoretical difficulties involved in assessing the credibility of the accused on the basis of test results that are presumed to be accurate, returning to a *Carter* defence would make it impossible to meet Parliament's objective. Absent statutory provisions to the effect that the results are to prevail, judges would still be faced with the problem the amendments were actually intended to

accusation fondée sur l'al. 253(1)b) *C. cr.*, plusieurs éléments de preuve peuvent être transmis à la personne accusée, par exemple les relevés de l'alcootest, le certificat du technicien qualifié et celui de l'analyste concernant l'échantillon d'alcool type.

[43] 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.

[44] Invoquant la décision du juge Lortie dans *R. c. Laforge*, 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537, le Barreau du Québec et l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense soutiennent que le législateur aurait pu opter pour une modification législative moins attentatoire. Dans *Laforge*, le juge Lortie a émis l'opinion que le législateur aurait pu simplement permettre la présentation d'une défense de type *Carter*, mais autoriser le juge des faits à évaluer la crédibilité de la personne accusée à la lumière des résultats de l'alcootest (par. 272) :

Visiblement, la loi C-2 se voulait une réponse à l'arrêt *Boucher*, qui a interdit de prendre en compte les résultats de l'alcootest pour apprécier la crédibilité. Dans ce contexte, le législateur aurait pu amender le texte pour autoriser une telle évaluation. Ainsi, le juge du procès exercerait sa discrétion et évaluerait le scénario de consommation de l'accusé à la lumière de l'ensemble de la preuve. Autrement dit, un amendement de type *St. Pierre*, moins envahissant, reconnu valide par les tribunaux.

[45] Les données scientifiques avancées lors de l'adoption des nouvelles dispositions montrent que le Parlement a voulu aller au-delà d'un simple ajustement du texte qui a été interprété dans l'arrêt *Boucher*. Indépendamment des difficultés théoriques que soulève l'appréciation de la crédibilité de la personne accusée au regard de résultats d'analyses présumés exacts, le retour à une défense de type *Carter* ne permettrait pas d'atteindre l'objectif poursuivi. En effet, en l'absence de dispositions législatives établissant la primauté des résultats, les juges feraient toujours face au problème que les

solve. If the testimony of the accused concerning his or her consumption of alcohol were accepted, it could raise a reasonable doubt about the reliability of the test results despite the fact that it has now been shown that the success rate of this defence is hard to justify in light of the scientific reliability of the instruments. It was appropriate for Parliament to enact provisions that would spare the prosecution the burden of tendering evidence of scientific reliability in every case.

[46] I accordingly conclude that requiring evidence aimed at establishing that the instrument malfunctioned or was operated improperly satisfies the minimal impairment test.

[47] What remains to be determined is whether the advantages of this requirement outweigh its disadvantages. For this, it is necessary to examine the consequences of the measure. The limits that flow from the requirement have a significant effect on the defences available to the accused, as it is now more difficult to rebut the presumptions. The evidence to be adduced is more complex. The accused must retain a technician or an expert to determine whether the instrument malfunctioned or was operated improperly. It is impossible for a layperson to do this. However, it should be borne in mind that the *Carter* defence also required the accused to retain an expert.

[48] The prosecution gains a clear, albeit limited, advantage from the requirement, since evidence to the contrary is limited to the real issue: whether the test results are reliable. The evidence to be tendered relates directly to an instrument that is under the prosecution's control. The prosecution must of course disclose certain information concerning the maintenance and operation of the instrument, but it is free to establish procedures for tracking how such instruments are maintained and operated. Moreover, the prosecution has control over the people who maintain and operate the instruments.

[49] At first glance, the advantages of limiting the evidence the accused can adduce in order to

modifications législatives ont justement pour but de résoudre. S'il était retenu, le témoignage de la personne accusée sur sa consommation d'alcool serait susceptible de soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats des analyses, alors qu'il est maintenant démontré que le taux de succès de cette défense est difficilement justifiable compte tenu de la fiabilité scientifique des appareils. Le Parlement pouvait à juste titre adopter des dispositions épargnant à la poursuite le fardeau de présenter une preuve de fiabilité scientifique dans chaque dossier.

[46] Par conséquent, je conclus que le fait d'exiger une preuve qui s'attaque au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'appareil satisfait au critère de l'atteinte minimale.

[47] Il reste à décider si les avantages de cette exigence l'emportent sur ses inconvénients. Cette analyse requiert l'examen des conséquences de la mesure. L'effet des limites résultant de cette exigence sur les moyens de défense ouverts à la personne accusée est important. La réfutation des présomptions s'en trouve plus difficile. La complexité de la preuve est augmentée. La personne accusée doit faire appel à un technicien ou à un expert pour examiner le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil. Ces notions ne sont pas à la portée du profane. Toutefois, il faut souligner qu'une défense de type *Carter* impliquait elle aussi que la personne accusée retienne les services d'un expert.

[48] L'exigence comporte un avantage évident — quoique limité — pour la poursuite. En effet, la preuve contraire est limitée à la question qui est réellement en litige, soit la fiabilité des résultats des analyses. Les moyens de preuve portent directement sur un appareil qui relève de la poursuite. Celle-ci devra certes donner accès à certaines informations concernant l'entretien et la manipulation de l'appareil, mais elle est libre d'instaurer des procédures qui permettent de retracer la façon dont les appareils sont entretenus et utilisés. De plus, les personnes qui entretiennent et utilisent les appareils relèvent également de la poursuite.

[49] Au premier abord, les avantages découlant du fait de limiter au bon fonctionnement ou

rebut the presumptions to evidence that the instrument malfunctioned or was operated improperly appear to outweigh the disadvantages of this measure. However, since this particular requirement forms part of a broader legislative scheme, I must consider the other requirements before concluding that it is justified.

4.2.2 Connection Between the Deficiency and the Determination of a Level Exceeding .08

[50] Section 258(1)(c) *Cr. C.* requires evidence tending to show not only that the instrument was malfunctioning or was operated improperly, but also that the malfunction or improper operation *resulted in* a reading according to which the blood alcohol level of the accused exceeded .08. This requirement furthers Parliament's objective of giving greater weight to the test results and thus passes the rational connection test.

[51] Whether the impairment resulting from this requirement is minimal is open to debate. The accused must prove that if his or her blood alcohol level exceeded the allowable maximum, it was because the instrument malfunctioned or was operated improperly. The burden of doing so seems at first glance to be quite heavy. No expert evidence was adduced to show how this connection can be proved. It is conceivable that evidence that an instrument has produced erratic results could raise a doubt that the results concerning an accused are reliable. However, it would be difficult for the accused to identify a specific malfunction and prove that it resulted in a reading according to which his or her blood alcohol level exceeded the legal limit. One can only speculate about the type of expert evidence the accused would need to produce for this purpose, but it would certainly have to be much more specific than the evidence needed to prove that the instrument was malfunctioning or was operated improperly.

[52] At this step in the defence process, it must be accepted that the judge will not consider evidence showing a connection between a deficiency and the determination that the blood alcohol level

à l'utilisation correcte de l'appareil la preuve que peut invoquer la personne accusée pour contrer les présomptions paraissent primer les inconvénients d'une telle mesure. Cependant, comme cette exigence particulière s'insère dans un régime législatif plus vaste, il y a lieu d'examiner les autres exigences avant de conclure qu'elle est justifiée.

4.2.2 Lien entre la défaillance et un taux supérieur à 0,08

[50] L'alinéa 258(1)c) *C. cr.* requiert une preuve tendant à démontrer non seulement que l'appareil a mal fonctionné ou a été utilisé incorrectement, mais également que le problème de fonctionnement ou d'utilisation a *causé* une lecture d'alcoolémie supérieure à 0,08. Cette exigence favorise l'objectif du Parlement, à savoir rehausser la valeur probante des résultats des analyses et satisfait donc le critère du lien rationnel.

[51] La question de savoir si nous sommes ou non en présence d'une atteinte minimale est discutable. La personne accusée doit prouver que si son alcoolémie a été supérieure au maximum permis, c'est en raison d'un mauvais fonctionnement ou d'une mauvaise utilisation de l'appareil. Ce fardeau paraît, à première vue, plutôt lourd. Aucune preuve d'expert n'a été présentée pour démontrer comment ce lien pouvait être prouvé. On peut imaginer qu'une preuve établissant qu'un appareil a produit des résultats erratiques puisse soulever un doute sur la fiabilité des résultats dans le cas de la personne accusée. Il serait toutefois difficile pour la personne accusée de découvrir un problème de fonctionnement et de prouver que ce problème a causé une lecture d'alcoolémie supérieure à la limite légale. On ne peut que formuler des hypothèses quant au type d'expertise auquel la personne accusée devrait avoir recours, mais il est certain qu'une telle preuve devrait être beaucoup plus précise que ce qui est nécessaire pour prouver le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil.

[52] À ce stade de la présentation de la défense, il faut accepter que le juge ne se pencherait sur la preuve du lien entre une défaillance et l'indication d'une alcoolémie supérieure à la limite légale que

of the accused exceeded the legal limit unless the accused has already proved that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. At this stage, if the arguments made by the defence are frivolous or trivial, they will not cast doubt on the proper functioning or operation of the instrument, and the defence must fail. The facts of *Crosthwait* provide a good illustration of this. In that case, the accused had tried to raise a doubt that the instrument had functioned properly by arguing that the technician had not compared the air temperature with the temperature of the solution before making the analyses. The mere possibility that the instrument had malfunctioned was not evidence to the contrary that could cast doubt on the reliability of the results.

[53] Thus, it is necessary to proceed on the basis that the accused must not simply show that a deficiency is possible, but raise a real doubt that the instrument was functioning or operated properly. In short, if Parliament's objective was to eliminate frivolous cases, that objective would be achieved through the assessment of the evidence by the trier of fact. To enable the prosecution to benefit from the presumptions even though a real doubt has been raised about the results of breathalyzer tests amounts in practice to a reverse onus. Iacobucci J.'s comments in *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, at par. 56, regarding the presumption of identity are very relevant here:

If this position is accepted, and the materiality of the evidence of the accused depends upon reference to the legal limit, a grey area exists between the breathalyzer result and the legal limit, and the burden of clarifying this will be placed on the accused when, in fact, the burden should rest with the Crown to prove its case.

[54] I note that in *St. Pierre*, the Court commented on the rules with respect to the evidence to the contrary that the accused had to adduce to rebut the presumption of accuracy and distinguished that evidence from the evidence needed to rebut the presumption of identity. But Iacobucci J.'s comments on the presumption of accuracy were based on the conclusions from *Crosthwait*, in which

dans le cas où la personne accusée aurait prouvé le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil. À cette étape, si les arguments invoqués par la défense sont futiles ou anodins, ils ne soulèveront pas de doute sur le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil, et le moyen de défense ne pourra être retenu. Les faits de l'arrêt *Crosthwait* illustrent bien une telle situation. Dans cette affaire, la personne accusée avait tenté de mettre en doute le bon fonctionnement de l'appareil en plaçant que le technicien n'avait pas comparé la température ambiante avec celle de la solution avant de faire les analyses. La simple possibilité que l'appareil n'ait pas bien fonctionné ne constituait pas une preuve contraire permettant de douter de la fiabilité des résultats.

[53] Il faut donc tenir pour acquis que la personne accusée doit non pas évoquer une simple possibilité de défaillance, mais plutôt soulever un doute réel sur le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil. En somme, si l'objectif poursuivi par le législateur est d'éliminer les cas futiles, il est atteint par l'appréciation de la preuve à laquelle se livre le juge des faits. Permettre à la poursuite de bénéficier des présomptions même si un doute réel a été soulevé relativement aux résultats des alcootests constitue en pratique un renversement du fardeau de preuve. Les commentaires qu'a faits le juge Iacobucci à l'égard de la présomption d'identité dans *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, par. 56, sont très pertinents en l'espèce :

Si cette position était acceptée, et que le caractère substantiel de la preuve de l'accusé est établi en fonction de la limite fixée dans la loi, il existerait une zone d'incertitude entre les résultats de l'alcootest et la limite légale, et il incomberait à l'accusé de dissiper l'incertitude alors qu'en fait, c'est au ministère public que revient l'obligation de prouver l'accusation.

[54] Je note que dans *St. Pierre*, la Cour a fait des commentaires sur les mécanismes d'application de la preuve contraire que la personne accusée devait présenter pour écarter la présomption d'exactitude et elle a distingué cette preuve de celle requise à l'égard de la présomption d'identité. Le juge Iacobucci a cependant appuyé ses commentaires concernant la présomption d'exactitude sur les

Pigeon J. had held that to rebut the presumption of accuracy, the accused had to raise a reasonable doubt “as to [his or her] blood alcohol content . . . being over the allowable maximum” (p. 1101). However, not only was it not argued in *Crosthwait* that the right to be presumed innocent had been infringed, but Pigeon J.’s comment was premised on the fact that “any evidence tending to invalidate the result of the tests [could thus] be adduced on behalf of the accused in order to dispute the charge against him” (p. 1100 (emphasis added)). The context of the new provisions is completely different. To satisfy the second requirement and raise a doubt that his or her blood alcohol level exceeded the allowable maximum, an accused cannot rely on his or her consumption of alcohol (s. 258(1)(d.01) *Cr. C.*).

[55] The presumption of accuracy was not at issue in *St. Pierre*. Nevertheless, I note that the legislative context of this presumption was the same in that case as in *Crosthwait*, that is, it could be rebutted by “evidence to the contrary” (s. 25(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, as applicable to s. 258(1)(g) *Cr. C.*; see *Crosthwait*, at pp. 1099-1100). Moreover, this Court has not had to consider the constitutionality of the presumption of accuracy until now. I therefore endorse, in the context of the new provisions on the presumption of accuracy, the following comment that Arbour J.A. had made in dissent in *St. Pierre*, and with which Iacobucci J. agreed (at para. 22):

To the extent that *Crosthwait*, *supra*, held that “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) means evidence tending to show that the accused’s blood alcohol content at the time of the offence was below the permissible limit, it should not be applied in a case such as the present one. [para. 21]

[56] Insofar as the majority in *St. Pierre* followed the approach adopted by Pigeon J. in *Crosthwait* with respect to the requirement that the accused show that his or her blood alcohol level did not exceed .08 in order to rebut the presumption of

conclusions retenues dans *Crosthwait*. Dans cette affaire, le juge Pigeon avait conclu que, pour repousser la présomption d’exactitude, la personne accusée devait soulever un doute raisonnable sur le fait « que la concentration d’alcool dans [son sang] ait été supérieure au maximum permis » (p. 1101). Or, non seulement aucune atteinte à la présomption d’innocence n’avait été plaidée dans cet arrêt, mais les commentaires du juge Pigeon sont indissociables du fait que « toute preuve qui tend à invalider le résultat des tests [pouvait alors] être produite au nom de l’accusé afin de contester l’accusation portée contre lui » (p. 1100 (je souligne)). Le contexte des nouvelles dispositions est tout à fait différent. Pour satisfaire à la deuxième exigence et soulever un doute sur le fait que son alcoolémie était supérieure au maximum permis, la personne accusée ne peut se fonder sur sa consommation d’alcool (al. 258(1)d.01) *C. cr.*).

[55] Dans *St. Pierre*, la présomption d’exactitude n’était pas en cause. Je remarque tout de même que cette présomption s’appliquait dans le même contexte législatif que dans *Crosthwait*, c’est-à-dire qu’elle pouvait être repoussée par une « preuve contraire » (par. 25(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, applicable à l’al. 258(1)g) *C. cr.*; voir *Crosthwait*, p. 1099-1100). De surcroît, notre Cour n’a, jusqu’à ce jour, pas eu à examiner la constitutionnalité de la présomption d’exactitude. En conséquence, pour ce qui est des nouvelles dispositions concernant la présomption d’exactitude, je reprends à mon compte les propos qu’a formulés la juge Arbour, dans sa dissidence en Cour d’appel dans *St. Pierre*, mais auxquels a souscrit le juge Iacobucci (par. 22) :

[TRADUCTION] Dans la mesure où l’arrêt *Crosthwait*, précité, a décidé qu’une « preuve contraire » au sens de l’al. 258(1)c) était une preuve tendant à montrer que l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction était inférieure à la limite permise, il ne devrait pas être appliqué dans un cas comme la présente espèce. [par. 21]

[56] Dans la mesure où les motifs de la majorité dans *St. Pierre* reprennent l’approche énoncée par le juge Pigeon dans *Crosthwait* relativement à l’obligation faite à la personne accusée de démontrer que son alcoolémie n’était pas supérieure à

accuracy, their reasons must be reconsidered to take the constitutional argument into account. Although the requirement that the accused raise a doubt that his or her blood alcohol level in fact exceeded .08 could be justified when there were no limits on the evidence the defence could tender to cast doubt on the test results, it constitutes an excessive burden in the context of a statutory scheme under which the evidence must relate directly to the functioning or operation of the instrument.

[57] A consideration of the advantages and disadvantages of the second requirement of s. 258(1)(c) reinforces the conclusion that this requirement is not justified. Requiring that a connection be established between the deficiency in the functioning or operation of the instrument and the determination that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit increases the burden on the defence significantly without reducing the expense to the prosecution. In *St. Pierre*, L'Heureux-Dubé J., dissenting, stressed that Parliament had established the presumption in s. 258(1)(c) *Cr. C.* "in clear recognition of the difficulty and expense of requiring expert evidence in virtually every alcohol-related driving offence" (para. 90). The scheme that has existed since the statutory amendments came into force is designed to require the prosecution to adduce technical evidence to counter an attempt to rebut the presumption of accuracy or the first presumption of identity. An accused who produces evidence to rebut one of these presumptions will do so by calling an expert, and the prosecution will have to call a technician, and possibly an expert. As a result, being the party that has to prove that there is no connection after the accused has adduced evidence to show that the instrument malfunctioned or was operated improperly does not impose a significant additional burden on the prosecution.

[58] Moreover, it is important to note that, where the accused raises a reasonable doubt that the instrument functioned or was operated properly, this simply means that the prosecution *loses the benefit of the presumptions* under s. 258(1)(c). The

0,08 pour repousser la présomption d'exactitude, ils doivent être réexaminés pour tenir compte de l'argument constitutionnel. Si l'obligation de soulever un doute sur le fait que l'alcoolémie excède 0,08 pouvait se justifier lorsque les moyens dont disposait la défense pour mettre en doute les résultats des analyses n'étaient pas limités, elle constitue toutefois un fardeau excessif lorsqu'elle s'insère dans un régime législatif qui exige une preuve ciblant directement le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil.

[57] L'examen des avantages et des inconvénients de la deuxième exigence de l'al. 258(1)c renforce la conclusion qu'elle n'est pas justifiée. L'obligation d'établir un lien entre la défaillance dans le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil et l'indication d'une alcoolémie supérieure à la limite légale alourdit de façon importante le fardeau de la défense, sans avoir pour effet de réduire les frais que doit engager la poursuite. Dans l'arrêt *St. Pierre*, la juge L'Heureux-Dubé, alors dissidente, a insisté sur le fait que, en édictant la présomption de l'al. 258(1)c *C. cr.*, le législateur avait « clairement reconnu les difficultés et les frais qu'entraînait l'obligation de recourir à des témoignages d'experts dans pratiquement tous les cas d'infractions liées à l'alcool au volant » (par. 90). Or, depuis les modifications législatives, la façon dont le régime est maintenant conçu oblige la poursuite à présenter une preuve technique pour repousser une attaque contre la présomption d'exactitude ou la première présomption d'identité. En effet, si la personne accusée a présenté une telle preuve contraire, elle l'aura fait à l'aide d'un expert et la poursuite aura dû faire appel à un technicien et, possiblement, à un expert. Dans ce contexte, le fait que la poursuite soit la partie tenue de 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.

[58] Par ailleurs, il importe de souligner que le fait que la personne accusée parvienne à soulever un doute raisonnable quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'alcootest signifie simplement que la poursuite *perd le bénéfice des*

prosecution can still tender additional evidence to prove that, despite the proven deficiency, the blood alcohol level of the accused exceeded .08 as shown by the test results.

[59] In these circumstances, having regard to Parliament's objective of giving priority to the reliability of the test results, I conclude that requiring an accused to prove not only a malfunction or improper operation of the instrument that is serious enough to raise a reasonable doubt, but also a causal connection between that malfunction or improper operation and the determination that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit, constitutes a serious infringement of the right to be presumed innocent. This infringement cannot be justified in a democratic society.

4.2.3 Evidence of a Blood Alcohol Level Not Exceeding .08

[60] Section 258(1)(c) *Cr. C.* also requires the accused to adduce evidence tending to show that his or her blood alcohol level would not in fact have exceeded .08 at the time of the offence. Such evidence will generally be that of a *Carter* defence.

[61] In *Oakes*, this Court stressed that legislative measures adopted for the purpose of attaining an objective must be "carefully designed to achieve the objective in question" (p. 139). If Parliament's objective were simply to ease the burden the prosecution must discharge in combatting the problems associated with drinking and driving, the rational connection would be clear, since this provision requires the accused to raise an additional doubt about his or her guilt.

[62] As the legislative facts show, however, Parliament's objective is not stated in such general terms that it can encompass all measures taken to combat drinking and driving. Moreover, care must be taken not to state the objective too broadly: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144. As I mentioned

présomptions prévues à l'al. 258(1)c). Cette dernière peut tout de même faire la preuve que, en dépit de la défaillance prouvée mais à la lumière d'une preuve additionnelle qu'elle pourra apporter, la personne accusée avait une alcoolémie supérieure à 0,08 suivant les résultats des analyses.

[59] Dans ces circonstances et compte tenu du fait que l'objectif du Parlement est de faire primer la fiabilité des résultats d'analyses, je conclus que l'obligation faite aux personnes accusées de prouver non seulement un problème de fonctionnement ou d'utilisation suffisamment sérieux pour soulever un doute raisonnable, mais aussi un lien de causalité entre ce problème et l'indication d'une alcoolémie supérieure à la limite légale, constitue une atteinte sérieuse à la présomption d'innocence. Elle ne peut être justifiée dans une société démocratique.

4.2.3 Preuve d'une alcoolémie ne dépassant pas 0,08

[60] L'alinéa 258(1)c) *C. cr.* oblige également la personne accusée à présenter une preuve tendant à démontrer que son taux d'alcoolémie ne dépassait pas 0,08 au moment de l'infraction. Une telle preuve consistera généralement en une défense de type *Carter*.

[61] Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a insisté sur la nécessité que les mesures législatives édictées pour réaliser un objectif soient « soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question » (p. 139). Si l'objectif du Parlement était simplement d'alléger le fardeau de la poursuite dans sa lutte contre les problèmes liés à l'alcool au volant, le lien rationnel aurait été évident, puisque par cette disposition la personne accusée doit soulever un doute supplémentaire sur sa culpabilité.

[62] Comme le révèlent les faits législatifs, l'objectif du législateur n'est cependant pas formulé en termes si généraux qu'il puisse englober toutes les mesures liées à la lutte contre l'alcool au volant. Il faut d'ailleurs se garder de formuler l'objectif de façon trop générale : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199,

above, the objective was to give the test results a weight consistent with their scientific value. In this context, I do not see a rational connection between this objective and the requirement of adducing evidence to raise a doubt that the blood alcohol level of the accused in fact exceeded .08. Such evidence is not aimed directly either at the process of taking samples using authorized instruments or at the test results.

[63] The inquiry into whether the impairment of the right to be presumed innocent is minimal confirms that the requirement of evidence that the blood alcohol level of the accused was under the legal limit is not justified. I reiterate that this requirement is in addition to the requirement of showing that the instrument malfunctioned or was operated improperly. If the accused has already identified a defect that could cast doubt on the reliability of the results, it is difficult to justify requiring the court to nevertheless accept that the results have probative value if the accused has produced no evidence regarding his or her blood alcohol level. This amounts to saying that, where a court has a doubt about an essential element of the offence, it must nevertheless convict unless the accused can present evidence tending to show that he or she is innocent. I accordingly find that the third requirement of s. 258(1)(c) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

4.2.4 Conclusion Concerning the First Requirement

[64] In light of my conclusion that the second and third requirements are not justified, the first requirement is the only one that can limit the evidence an accused may tender to cast doubt on the test results. What therefore remains to be determined is whether the effects of this limit on the right to be presumed innocent are proportional to Parliament's objective. In the proportionality analysis required by s. 1, it is important to consider the impugned provision in the context of the entire legislative scheme of which it forms a part.

[65] In *Downey*, Cory J. explained that in determining whether an infringement is proportional to

par. 144. Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'objectif était de conférer aux résultats des analyses un poids conforme à leur valeur scientifique. Dans ce contexte, je ne vois pas de lien rationnel entre cet objectif et l'obligation de présenter une preuve qui soulève un doute sur le fait que le taux d'alcoolémie dépasse 0,08. Une telle preuve n'attaque pas directement le mécanisme de prélèvement à l'aide des appareils autorisés ou les résultats des analyses.

[63] L'examen de la question de l'atteinte minimale à la présomption d'innocence confirme que l'exigence requérant la preuve que l'alcoolémie est inférieure à la limite légale n'est pas justifiée. Je rappelle que cette exigence s'ajoute à celle requérant la démonstration que l'appareil a mal fonctionné ou a été mal utilisé. Or, si la personne accusée a déjà soulevé un vice de nature à mettre en doute la fiabilité des résultats, il est difficile de justifier qu'un tribunal soit tout de même tenu d'en reconnaître la valeur probante si la personne accusée ne présente aucune preuve de son alcoolémie. En effet, cela revient à dire que, lorsque le tribunal entretient un doute sur un élément essentiel de l'infraction, il doit néanmoins prononcer une condamnation si la personne ne peut présenter une preuve tendant à démontrer son innocence. Je conclus donc que la troisième exigence de l'al. 258(1)c) ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

4.2.4 Conclusion sur la première exigence

[64] Vu ma conclusion que les deuxième et troisième exigences ne sont pas justifiées, la première exigence serait la seule qui limiterait les moyens que peut soulever la personne accusée à l'encontre des résultats des analyses. Il reste donc à déterminer si les effets de cette limite sur la présomption d'innocence sont proportionnels à l'objectif du législateur. Dans l'analyse de la proportionnalité que commande l'article premier, il est important de considérer la disposition contestée au regard de l'ensemble du régime législatif dont elle fait partie.

[65] Dans l'arrêt *Downey*, le juge Cory a expliqué que pour déterminer si une atteinte est

the legislative objective, it is necessary to balance societal and individual interests (p. 38). The objective of the first requirement of s. 258(1)(c) *Cr. C.*, as clarified by s. 258(1)(d.01), is to confirm the scientific value and ensure the primacy of breathalyzer test results. The purpose of this statutory amendment was to remedy a situation that was common before it came into force: test results could be rejected on the basis of testimony that was considered subjective. The amendment was a response to the serious disconnect that existed in the fact that the *Carter* defence had a high success rate despite the recognized scientific reliability of the results.

[66] Moreover, the scheme adopted for breathalyzer tests includes certain guarantees that place limits on police action and protect the presumption of innocence. Under s. 254(2) *Cr. C.*, for example, a peace officer may not require a person who has operated or had the care or control of a vehicle to perform physical co-ordination tests unless the officer has reasonable grounds to suspect that the person has consumed alcohol. Under s. 254(3) *Cr. C.*, an officer may not require a person to submit to a breathalyzer test unless the officer has reasonable grounds to believe that the person is committing, or has at any time within the preceding three hours committed, the offence of driving or having care of a vehicle with a blood alcohol level exceeding .08. The breath samples must be analyzed by a qualified technician using an approved instrument. The samples must be taken not later than two hours after the time when the offence is alleged to have been committed, and with an interval of at least 15 minutes between the times when they are taken (s. 258(1)(c)(ii) *Cr. C.*).

[67] From this perspective, if the second and third requirements provided for in s. 258(1)(c) *Cr. C.* are severed, I consider Parliament's response to be a measured one. In light of the objective of this provision, the scientific evidence in the record and the guarantees that form part of the evidential blood alcohol analysis scheme, I find that the limit on defences that is established in s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* is a justified infringement of the right to be presumed innocent. As a

proportionnelle à l'objectif législatif, il faut soulever les intérêts de la société et ceux de l'individu concerné (p. 38). La première exigence de l'al. 258(1)c) *C. cr.*, telle que précisée par l'al. 258(1)d.01), a pour objectif de faire reconnaître la valeur scientifique des résultats d'analyses fournis par les alcootests et d'énoncer leur primauté. Cette modification législative tente de remédier à une situation jusque-là fréquente, à savoir que les résultats des analyses pouvaient être rejetés sur la base de témoignages qu'on disait subjectifs. Elle répond au grave problème de discordance découlant du taux de succès élevé de la défense de type *Carter* malgré la fiabilité scientifique reconnue des résultats.

[66] Il convient aussi de noter que le régime des alcootests comporte certaines garanties qui freinent l'intervention policière et protègent la présomption d'innocence. Ainsi, en vertu du par. 254(2) *C. cr.*, avant de pouvoir faire subir des épreuves de coordination à une personne qui a conduit ou a eu la garde ou le contrôle d'un véhicule, un agent de la paix doit avoir des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle a consommé de l'alcool. Suivant le par. 254(3) *C. cr.*, l'agent doit, pour faire subir à une personne des analyses d'alcoolémie, avoir des motifs raisonnables de croire qu'elle commet ou a commis dans les trois heures précédentes, l'infraction de conduite ou de garde d'un véhicule avec une alcoolémie supérieure à 0,08. Ces analyses doivent être effectuées par un technicien qualifié, au moyen d'un alcootest approuvé. Les échantillons doivent être prélevés pas plus de deux heures après que l'infraction aurait été commise et à des intervalles d'au moins 15 minutes (sous-al. 258(1)c)(ii) *C. cr.*).

[67] Dans ce contexte, amputée des deuxième et troisième exigences de l'al. 258(1)c) *C. cr.*, la réponse du Parlement me paraît mesurée. À la lumière de l'objectif de cette disposition, de la preuve scientifique versée au dossier et des garanties que comporte le régime de détermination de l'alcoolémie aux fins de preuve, je suis d'avis que la limitation des moyens de défense établie aux al. 258(1)c) et 258(1)d.01) *C. cr.* constitue une atteinte justifiée à la présomption d'innocence. Compte tenu de cette

result of this conclusion, my consideration of the other arguments against finding s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) to be constitutional will be limited to this requirement.

5. Compatibility of Section 258(1)(c) and Section 258(1)(d.01) with the Right to Make Full Answer and Defence (Section 7 of the Charter)

[68] The first argument based on s. 7 of the *Charter* is that the combined effect of s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* is to limit the right to make full answer and defence.

[69] In enacting the impugned provisions, Parliament excluded evidence of the alcohol consumption of the accused insofar as it is adduced to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly (s. 258(1)(d.01)). Moreover, the presumption of accuracy of the results and that of identity can be rebutted only by casting doubt on the proper functioning or operation of the instrument. In other words, evidence of the alcohol consumption of the accused is not legally sufficient to raise a doubt under s. 258(1)(c) as to the reliability of the results. Because I have already found that the second and third requirements of s. 258(1)(c) are unconstitutional, evidence of the effect of the consumption of the accused on his or her blood alcohol level will be admissible only if the accused chooses to tender it or if the presumptions of s. 258(1)(c) are inapplicable (where, for example, the samples were taken too late) or have been rebutted.

[70] Since *Carter*, Canadian courts have accepted that there is a logical connection between evidence of alcohol consumption and the accuracy of breathalyzer test results. I agree that such evidence can logically tend to discredit both the results of a breathalyzer test and — indirectly — the proper functioning and operation of the instrument itself.

[71] However, the fact that evidence is relevant does not necessarily make it admissible. This

conclusion, je ne vais examiner les autres moyens soulevés à l'encontre de la constitutionnalité des al. 258(1)(c) et 258(1)(d.01) qu'à l'égard de cette exigence.

5. Conformité des al. 258(1)(c) et 258(1)(d.01) avec le droit à une défense pleine et entière (art. 7 de la Charte)

[68] Le premier argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte* est que, ensemble, les al. 258(1)(c) et 258(1)(d.01) *C. cr.* ont pour effet de restreindre le droit à une défense pleine et entière.

[69] En adoptant les dispositions en cause, le Parlement a exclu la preuve relative à la consommation d'alcool de la personne accusée dans la mesure où cette preuve a pour objectif de démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest (al. 258(1)(d.01)). Qui plus est, si le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil ne sont pas mis en doute, les présomptions d'exactitude et d'identité des résultats ne pourront être repoussées. En d'autres termes, une preuve de la consommation d'alcool de la personne accusée n'est pas suffisante en droit pour soulever un doute quant à la fiabilité des résultats sous l'al. 258(1)(c). Comme j'ai conclu que les deuxième et troisième exigences de l'al. 258(1)(c) sont inconstitutionnelles, la preuve relative à l'effet de la consommation de la personne accusée sur la concentration d'alcool dans son sang ne sera admissible que lorsqu'elle relève du choix de la personne accusée ou que les présomptions de l'al. 258(1)(c) ne s'appliquent pas (par exemple lorsque les échantillons ont été prélevés tardivement) ou ont été repoussées.

[70] Depuis l'arrêt *Carter*, les tribunaux canadiens ont admis l'existence d'un lien logique entre une preuve de la consommation d'alcool et l'exactitude des résultats obtenus par un alcootest. Je reconnais qu'une telle preuve peut logiquement tendre à discréditer à la fois les résultats d'analyses obtenus au moyen d'un alcootest et — indirectement — le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de celui-ci.

[71] Cependant, le fait qu'un élément de preuve soit pertinent ne le rend pas nécessairement admissible.

Court has recognized that relevant evidence can be excluded if its exclusion is justified by a ground of law or policy (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 609). Professors Cross and Tapper quote Wigmore's comment that "[a]dmissibility signifies that the particular fact is relevant and something more, — that it has also satisfied all the auxiliary tests and extrinsic policies" (R. Cross and C. Tapper, *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 60; see *Seaboyer*, at p. 692, per L'Heureux-Dubé J.).

[72] In the context of the case at bar, as I mentioned above, the expert evidence accepted by the courts over the past few years has established that breathalyzer tests are very reliable, provided that the instruments are operated and maintained properly. At the same time, many reports have shown the testimony of accused persons regarding their alcohol consumption to be unreliable (see J. G. Wigmore, "Man vs. Machine: Self-Reported Alcohol Consumption of Drinking Drivers vs. Evidential Breath Alcohol Tests. Is the Restriction of Evidence to the Contrary Scientifically Valid?" (2009), 54 *Crim. L.Q.* 395; T. L. Martin, J. G. Wigmore and K. L. Woodall, "A Comparison of Blood Alcohol Concentrations Estimated From Drinking Histories of Drivers Charged with 'Over 80' and Their Intoxilyzer® 5000C Results" (2004), 37 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 187; M. S. Sommers *et al.*, "'Nurse, I Only Had a Couple of Beers': Validity of Self-Reported Drinking Before Serious Vehicular Injury" (2002), 11 *Am. J. Critical Care* 106).

[73] Moreover, a study commissioned by the federal Department of Transport and presentations made to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs show that the *Carter* defence resulted in a high rate of acquittal (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 9, 2nd Sess., 39th Parl., February 21, 2008, at p. 37; R. Robertson, W. Vanlaar and H. Simpson, *National Survey of Crown Prosecutors and Defence Counsel on Impaired Driving: Final Report* (July 2008), at p. 72). I infer from these documents a criticism to the effect that a high rate of acquittal is not

Notre Cour a reconnu qu'un élément de preuve pertinent peut être exclu si cela est justifié par une règle de droit ou une considération de politique générale (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 609). Citant Wigmore, les professeurs Cross et Tapper soulignent que [TRADUCTION] « [l']admissibilité signifie que le fait donné est pertinent et en outre — qu'il répond aussi à tous les critères accessoires et à toutes les politiques extrinsèques » (R. Cross et C. Tapper, *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), p. 60; voir *Seaboyer*, p. 692, la juge L'Heureux-Dubé).

[72] En l'espèce, comme je l'ai mentionné précédemment, des témoignages d'experts acceptés par les tribunaux au cours des dernières années établissent la grande fiabilité des alcootests, dans la mesure où ces appareils sont bien utilisés et entretenus. Parallèlement, de nombreux rapports font état du caractère peu fiable du témoignage de la personne accusée sur sa consommation d'alcool (voir J. G. Wigmore, « Man vs. Machine : Self-Reported Alcohol Consumption of Drinking Drivers vs. Evidential Breath Alcohol Tests. Is the Restriction of Evidence to the Contrary Scientifically Valid? » (2009), 54 *Crim. L.Q.* 395; T. L. Martin, J. G. Wigmore et K. L. Woodall, « A Comparison of Blood Alcohol Concentrations Estimated From Drinking Histories of Drivers Charged with "Over 80" and Their Intoxilyzer® 5000C Results » (2004), 37 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 187; M. S. Sommers *et autres*, « "Nurse, I Only Had a Couple of Beers" : Validity of Self-Reported Drinking Before Serious Vehicular Injury » (2002), 11 *Am. J. Critical Care* 106).

[73] De plus, il ressort d'une étude faite à la demande du ministère fédéral des Transports, ainsi que des témoignages présentés devant le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, que la défense de type *Carter* entraîne un taux élevé d'acquiescement (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 9, 2^e sess., 39^e lég., 21 février 2008, p. 37; R. Robertson, W. Vanlaar et H. Simpson, *Sondage national sur la conduite avec facultés affaiblies auprès des avocats de la défense et des procureurs de la Couronne : Rapport final* (juillet 2008),

justified in light of the probative value of the test results. Although certain aspects of this evidence cannot be considered scientific, it cannot be disregarded.

[74] This evidence shows both that the probative value of the testimony of the accused regarding his or her alcohol consumption is debatable and that to admit such testimony for the purpose of determining whether the test results are valid entails a real risk of perverting the fact-finding process. These studies and presentations were not available to the courts when the *Carter* defence became established in our law. The law had to be updated, and that is what the government endeavoured to do in amending the legislation. The courts must take this into consideration. Requiring an accused to tender evidence related directly to the functioning or operation of the instruments used to take samples contributes to truth-finding and favours the integrity of the trial. In my opinion, the exclusion of evidence of the alcohol consumption of the accused that is set out in s. 258(1)(d.01) is based on a policy consideration that is consistent with *Seaboyer*.

[75] In *Seaboyer*, the majority of this Court held that the effect of s. 276 *Cr. C.* was to exclude evidence that might be “of great importance to getting at the truth and determining whether the accused is guilty or innocent under the law” (p. 616). Thus, even though the purpose of s. 276 was to help judges and juries arrive at just verdicts, its effect in practice could be the opposite:

Accepting that the rejection of relevant evidence may sometimes be justified for policy reasons, the fact remains that s. 276 may operate to exclude evidence where the very policy which imbues the section — finding the truth and arriving at the correct verdict — suggests the evidence should be received. [p. 620]

[76] The same cannot be said in the instant case, however. Unlike in *Seaboyer*, the statutory provisions at issue here do not exclude evidence that might be necessary for a judge or jury to arrive at

p. 84). J’infère de ces documents la critique qu’un taux élevé d’acquiescement est vu comme disproportionné par rapport à la valeur probante des résultats d’analyses. Quoique certains aspects de l’ensemble de cette preuve ne puissent être qualifiés de scientifiques, ils ne peuvent être négligés.

[74] Cette preuve indique à la fois que la valeur probante du témoignage de la personne accusée sur sa consommation d’alcool est discutable et qu’admettre ce témoignage dans la détermination de la validité des résultats d’analyses emporte le risque réel de fausser le processus de constatation des faits. Les tribunaux ne disposaient pas de ces études, témoignages et enquêtes lorsque la défense de type *Carter* s’est implantée dans notre droit. Une mise à jour de celui-ci s’imposait. C’est à cette tâche que le gouvernement s’est astreint en modifiant la loi. Les tribunaux doivent en prendre acte. Exiger la production d’une preuve visant directement le fonctionnement ou l’opération des appareils de prélèvements contribue à la découverte de la vérité et favorise l’intégrité du procès. À mon avis, l’exclusion en vertu de l’al. 258(1)d.01) de la preuve relative à la consommation d’alcool de la personne accusée est fondée sur une considération de politique générale qui respecte l’arrêt *Seaboyer*.

[75] Dans *Seaboyer*, la majorité de notre Cour a conclu que l’art. 276 *C. cr.* avait pour effet d’exclure une preuve qui pouvait être « très importante pour découvrir la vérité et déterminer si l’accusé est coupable ou innocent en vertu de la loi » (p. 616). Ainsi, même si l’adoption de l’art. 276 visait à aider le juge et le jury à arriver au verdict juste, cette disposition pouvait en pratique produire l’effet contraire :

Si l’on accepte qu’il peut parfois être justifié d’exclure des preuves pertinentes pour des raisons de principe, le fait demeure que l’art. 276 peut entraîner l’exclusion d’une preuve dans des cas où le principe même qui sous-tend la disposition — découvrir la vérité et arriver au bon verdict — indiquerait que cette preuve devrait être admise. [p. 620]

[76] Il n’en va toutefois pas de même en l’espèce. Contrairement à celles en cause dans l’arrêt *Seaboyer*, les dispositions législatives contestées dans le présent cas n’excluent pas une preuve qui

a just verdict. There is no reasonable risk that these provisions frustrate the objective of truth-finding. In my opinion, it was open to Parliament to exclude the production of evidence of the alcohol consumption of the accused that tends to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly (s. 258(1)(d.01)), and to provide that such evidence is legally insufficient to cast doubt on the reliability of the test results. This exclusion does not infringe the rights protected by s. 7.

[77] The second argument based on s. 7 of the *Charter* is that the new provisions create a defence that is so difficult to attain as to be practically illusory. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dickson C.J. commented on the principle on the basis of which such an argument could be made (at p. 70):

One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory.

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

pourrait être nécessaire pour permettre au juge ou au jury d'arriver à un verdict juste. Il n'existe pas de risque raisonnable que les dispositions en litige outrepassent l'objectif de recherche de la vérité. À mon avis, le Parlement pouvait exclure la présentation d'une preuve relative à la consommation d'alcool de la personne accusée tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest (al. 258(1)(d.01)) et déclarer une telle preuve insuffisante en droit pour mettre en doute la fiabilité des résultats d'analyses. Une telle exclusion ne porte pas atteinte aux droits garantis à l'art. 7.

[77] Suivant le deuxième argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte*, les nouvelles dispositions créent une défense si difficile à faire valoir qu'elle est pratiquement illusoire. Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge en chef Dickson avait fait un commentaire sur le principe permettant un tel argument (p. 70) :

L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit illusoire en pratique.

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

[79] It should be noted that the defence created by Parliament is not illusory simply because accused persons will rarely succeed in raising a reasonable doubt that the instrument was functioning or was operated properly. The existence of a defence must not be confused with how often those presenting it are successful. As Judge Duncan noted in *Powichrowski* (at para. 69):

While it may be that the defendant, having explored every avenue, will be unable to meet the requirements of the section and rebut the presumption, that is what often happens when a defendant is faced with credible and reliable evidence against him.

[80] Finally, it should be mentioned that the conclusion that the first requirement of s. 258(1)(c) does not violate s. 7 is in no way incompatible with a finding that it constitutes a justifiable infringement of the right to be presumed innocent. In light of the scientific evidence in the record, as we have seen, Parliament was justified in requiring evidence directly related to the operation or functioning of breathalyzers. It was therefore open to Parliament, without violating s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*, to exclude the possibility that a *Carter* defence would suffice on its own to cast doubt on the test results.

[81] For these reasons, I find that the rebuttal of the presumptions established in s. 258(1)(c), as clarified by s. 258(1)(d.01), has not been rendered illusory by Parliament and that this provision does not infringe the right to make full answer and defence.

6. Compatibility of Section 258(1)(d.1) with the Right to Be Presumed Innocent (Section 11(d) of the *Charter*)

[82] To facilitate a discussion on the amendments that affect the second presumption of identity, this presumption of identity must be clearly distinguished from the first one. The first presumption of identity, which is established in s. 258(1)(c), allows the prosecution to use the test results as a substituted fact in order to prove an essential element of the offence, namely the blood alcohol level of the accused at the time when the offence was

[79] Il convient de souligner que ce n'est pas parce que les personnes accusées réussiraient rarement à soulever un doute raisonnable sur le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil que la défense prévue par le législateur est illusoire. Il ne faut pas confondre l'existence d'une défense et le succès avec lequel elle est présentée. Comme le souligne le juge Duncan dans *Powichrowski* (par. 69) :

[TRADUCTION] Il peut certes arriver que, après avoir considéré toutes les voies qui s'offrent à lui, le défendeur soit incapable de satisfaire aux exigences pertinentes de la disposition et de réfuter la présomption, mais c'est souvent ce qui arrive lorsque le défendeur doit réfuter une preuve fiable et crédible.

[80] Enfin, il est pertinent de signaler que la conclusion que la première exigence de l'al. 258(1)(c) n'enfreint pas l'art. 7 n'a rien d'inconciliable avec celle d'une atteinte justifiée à la présomption d'innocence. À la lumière de la preuve scientifique au dossier, nous avons vu que le Parlement était justifié d'exiger une preuve visant directement l'utilisation ou le fonctionnement des alcootests. Le Parlement pouvait donc, sans contrevenir à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*, exclure la possibilité d'invoquer la défense de type *Carter* comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d'analyses.

[81] Pour ces raisons, je suis d'avis que le législateur n'a pas rendu illusoire la réfutation des présomptions de l'al. 258(1)(c), telles que précisées à l'al. 258(1)(d.01), et que cette disposition ne viole pas le droit à une défense pleine et entière.

6. Conformité de l'al. 258(1)(d.1) avec la présomption d'innocence (al. 11d) de la *Charte*)

[82] Afin de faciliter l'examen des modifications qui touchent la deuxième présomption d'identité, il convient de bien la distinguer de la première. Celle-ci, établie à l'al. 258(1)(c), permet à la poursuite d'utiliser les résultats d'analyses comme fait substitué afin de prouver l'élément essentiel, soit le taux d'alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise. Si la personne accusée conteste le fait que ces résultats correspondent à

alleged to have been committed. If the accused argues that the results do not correspond to his or her blood alcohol level at the time of the offence on the basis that the instrument was malfunctioning or was operated improperly, the evidence the accused can adduce will be limited by s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.*

[83] If the accused does not challenge the functioning of the instrument, but instead argues that, contrary to the results, his or her blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed did not exceed .08 and that the results were distorted by the fact that he or she had consumed alcohol shortly before or after the alleged offence, the evidence the accused can tender to rebut the presumption is circumscribed by s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* The type of consumption that can be used to rebut the second presumption was explained as follows by Rob Moore during the debate that preceded the enactment of Bill C-32 (*House of Commons Debates*, at p. 6186):

This could happen if, for example, the person downed several drinks and was arrested before the alcohol was absorbed. It could also occur that after driving, but before testing, the person consumed alcohol and it was absorbed by the time the approved instrument test was taken.

[84] As a result of the statutory amendments, evidence to the contrary adduced by the accused must tend to show two facts: (1) the consumption of alcohol of the accused was consistent with a blood alcohol level that did not exceed .08 at the time when the offence was alleged to have been committed; and (2) the consumption of alcohol of the accused was consistent with the test results.

6.1 *Does Section 258(1)(d.1) Infringe the Protected Right?*

[85] As I mentioned in my analysis with respect to s. 258(1)(c) *Cr. C.*, a statutory presumption violates the right to be presumed innocent if a judge can convict an accused even though there is a doubt that the accused is actually guilty. For instance,

son taux d'alcoolémie au moment de l'infraction au motif que l'appareil n'aurait pas bien fonctionné ou n'aurait pas été utilisé correctement, les moyens de preuve qu'elle pourra invoquer seront limités par les al. 258(1)c) et 258(1)d.01) *C. cr.*

[83] Lorsque la personne accusée ne s'attaque pas au fonctionnement de l'appareil mais prétend plutôt que, contrairement à ce qu'indiquent les résultats, son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise n'excédait pas 0,08, parce que l'alcool qu'elle a consommé peu de temps avant ou après l'infraction reprochée a faussé ces résultats, ses moyens de contrer la présomption sont circonscrits par l'al. 258(1)d.1) *C. cr.* Le type de consommation susceptible de faire échec à la deuxième présomption a été expliqué ainsi par M. Rob Moore dans les débats qui ont précédé l'adoption du projet C-32 (*Débats de la Chambre des communes*, p. 6186) :

Une telle éventualité est possible si une personne a bu rapidement plusieurs consommations et a été arrêtée avant que l'alcool ne soit absorbé par son système. Il est également possible que, après avoir conduit mais avant l'alco[0]test, la personne ait consommé de l'alcool et que celui-ci ait été absorbé au moment où on a utilisé l'instrument approuvé pour mesurer son taux d'alcoolémie.

[84] Suivant les modifications législatives, la preuve contraire présentée par la personne accusée doit tendre à démontrer deux faits : (1) la consommation d'alcool était compatible avec une alcoolémie ne dépassant pas 0,08 au moment où l'infraction aurait été commise; (2) la consommation d'alcool était compatible avec les résultats des analyses.

6.1 *L'alinéa 258(1)d.1) porte-t-il atteinte au droit garanti?*

[85] Tel que je l'ai mentionné durant l'analyse de l'al. 258(1)c) *C. cr.*, une présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si un juge peut conclure à la culpabilité d'une personne accusée alors qu'il subsiste un doute à cet égard. En

where breathalyzer test results according to which the blood alcohol level of the accused exceeded .08 are tendered in evidence, the trier of fact could have a reasonable doubt that the blood alcohol level of the accused was the same at the time of the alleged offence, because the accused could have drunk shortly before or after being pulled over. Since s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* exempts the prosecution from having to establish the guilt of the accused beyond a reasonable doubt before the accused must respond, I must conclude that it infringes the right to be presumed innocent.

6.2 *Is the Infringement Justified?*

[86] The evidence that can be adduced to rebut the presumption of identity established in s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* was clarified in two stages. The first requirement was incorporated into the *Criminal Code* in 1997 (S.C. 1997, c. 18, s. 10(2)). Under the provision that established it, the accused had to adduce evidence tending to show that his or her blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed did not exceed .08. This requirement is now found in the first subparagraph of s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* Another requirement was added at the same time as the amendments to s. 258(1)(c) *Cr. C.* discussed above. According to this new requirement, the evidence tendered by the accused must be consistent with the test results.

[87] No specific evidence has been introduced concerning the objective of s. 258(1)(d.1)(i) *Cr. C.*, but that objective can be inferred from the legislative history. The amendment was passed shortly after — and most likely in response to — this Court's decision in *St. Pierre*, so the comments made in that decision are helpful. The majority in *St. Pierre* held that the presumption of identity could be rebutted by any evidence showing a difference between the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence and his or her blood alcohol level at the time of the analyses. L'Heureux-Dubé J., dissenting, was concerned that the presumption would be rebutted “in every case where the accused invokes either the ‘last drink’ defence or the ‘post-driving drinking’ defence, where there is not even

l'occurrence, le juge des faits devant qui sont déposés des résultats d'alcootest indiquant une alcoolémie supérieure à 0,08 peut avoir un doute raisonnable quant au fait que l'alcoolémie de la personne accusée était la même au moment de l'infraction reprochée, puisque cette dernière a pu boire un peu avant ou un peu après son interpellation. Comme l'al. 258(1)(d.1) *C. cr.* dispense la poursuite d'avoir à établir la culpabilité de la personne accusée hors de tout doute raisonnable avant que celle-ci n'ait à répondre, je dois conclure qu'il porte atteinte à la présomption d'innocence.

6.2 *L'atteinte est-elle justifiée?*

[86] Les précisions concernant les moyens de preuve susceptibles de contrer la présomption d'identité de l'al. 258(1)(d.1) *C. cr.* ont été apportées en deux temps. La première exigence a été intégrée au *Code criminel* en 1997 (L.C. 1997, ch. 18, par. 10(2)). Suivant cette disposition, la personne accusée doit présenter une preuve tendant à démontrer que son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas 0,08. Il s'agit maintenant du premier sous-alinéa de l'al. 258(1)(d.1) *C. cr.* Une autre disposition a été ajoutée en même temps qu'ont été apportées les modifications à l'al. 258(1)(c) *C. cr.* étudiées plus tôt. Suivant cette nouvelle exigence, la preuve présentée par la personne accusée doit être compatible avec les résultats des analyses.

[87] Aucune preuve spécifique n'a été produite au sujet de l'objectif du sous-al. 258(1)(d.1)(i) *C. cr.*, mais cet objectif peut cependant être inféré de son contexte législatif. La modification a été adoptée peu de temps après l'arrêt *St. Pierre* de notre Cour, tout probablement en réponse à celui-ci. Les commentaires faits dans cette décision sont donc utiles. La majorité avait conclu que toute preuve montrant une différence entre l'alcoolémie au moment de l'infraction reprochée et celle au moment des analyses était suffisante pour repousser la présomption d'identité. En dissidence, la juge L'Heureux-Dubé avait pour sa part exprimé l'inquiétude que la présomption serait repoussée « chaque fois que l'accusé invoque la défense du “dernier verre” ou celle du “verre après avoir conduit” lorsqu'il n'y a pas la

an iota of proof to suggest that the discrepancy occasioned by the alcohol consumption would be of any legal relevance to conviction or acquittal on a charge of ‘over 80’” (para. 90). Parliament seems to have shared this concern and to have tried to ensure that the prosecution would not be required to have recourse to experts to explain the rate of absorption between the time of the offence and that of the analyses. I have no difficulty finding that this was a pressing and substantial objective.

[88] The requirement established in s. 258(1)(d.1)(i) must be considered in conjunction with the 2008 amendment, which provides that the accused must also show that his or her consumption was consistent with the test results. This change to the presumption of identity, which was made at the same time as the amendments to s. 258(1)(c) *Cr. C.*, was motivated by the same objective as those amendments. Parliament intended to give the test results a probative value consistent with their scientific reliability. I accepted above that this was a pressing and substantial objective, and the same conclusion applies here.

[89] A rational connection can easily be established between each of the requirements set out in s. 258(1)(d.1) and the requirement’s legislative objective. In the first case, the measure is linked to Parliament’s wish to ensure that the prosecution does not have to have recourse to experts to prove the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence where the difference is not significant. In the second case, the measure is linked to Parliament’s wish to confirm the scientific value of the test results and to establish an explicit correlation between those results and a variation in blood alcohol level due to consumption of alcohol by the accused shortly before or after the time of the alleged offence.

[90] In my opinion, s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* also satisfies the minimal impairment test. Whereas requiring the accused to show a connection between a malfunction of the instrument and the determination that his or her blood alcohol level exceeded .08

moindre preuve autorisant à penser que l’écart engendré par l’absorption d’alcool serait d’une quelconque pertinence en droit quant à une déclaration de culpabilité ou à un acquittement à l’égard d’une accusation de conduite avec une alcoolémie de “plus de 80 mg” » (par. 90). Le Parlement semble avoir partagé cette inquiétude et cherché à épargner à la poursuite l’obligation de recourir à des experts pour expliquer le taux d’absorption survenu entre le moment de l’infraction et celui des analyses. Je n’ai aucune difficulté à reconnaître que cet objectif est réel et urgent.

[88] L’exigence imposée par le sous-al. 258(1)(d.1)(i) doit être étudiée en corrélation avec la modification apportée en 2008, qui oblige la personne accusée à démontrer aussi que sa consommation est compatible avec les résultats des analyses. Cette modification de la présomption d’identité, qui a coïncidé avec celles apportées à l’al. 258(1)(c) *C. cr.*, était motivée par le même objectif que ces dernières. Le Parlement voulait que la valeur probante accordée aux résultats des analyses corresponde à leur fiabilité scientifique. J’ai reconnu plus tôt que cet objectif était urgent et réel et la même conclusion s’impose ici.

[89] Le lien rationnel entre chacune des deux exigences intégrées à l’al. 258(1)(d.1), et leur objectif législatif respectif peut facilement être établi. Dans le premier cas, le moyen est lié à la volonté du Parlement d’éviter que la poursuite doive recourir à des experts pour prouver l’alcoolémie de la personne accusée au moment de l’infraction reprochée lorsque l’écart n’est pas significatif. Dans le deuxième cas, il est lié à la volonté du Parlement de faire reconnaître la valeur scientifique des résultats d’analyses et d’établir une corrélation explicite entre les résultats de l’alcooltest et la variation du taux d’alcoolémie due à une consommation d’alcool juste avant ou juste après l’infraction reprochée.

[90] À mon avis, l’al. 258(1)(d.1) *C. cr.* satisfait aussi au critère de l’atteinte minimale. Si l’obligation de démontrer le lien entre le mauvais fonctionnement de l’appareil et une alcoolémie supérieure à 0,08 constitue un fardeau trop lourd pour la

imposes an undue burden on the accused, the same is not true of requiring the accused to show that his or her consumption of alcohol shortly before or after the alleged offence was consistent with a blood alcohol level that did not exceed .08 at the time of the alleged offence. In such situations, the accused does not challenge the test results, but invokes his or her own unusual behaviour. It is the accused — and not the prosecution — who knows when he or she drank, and how much. What is more, it is also the accused — and not the prosecution — who would decide to analyze his or her capacity to absorb and eliminate alcohol, and to adduce evidence in this regard. I do not therefore consider it unduly onerous to require the person who has this information and is in a position to tender relevant evidence to show not only that he or she had a “last drink”, or drank after being pulled over, but also that the difference resulting from that consumption is relevant to the determination of his or her guilt or innocence. I should also note that the cases in which such a defence is raised should be rare, and that such a case would denote either significant irresponsibility with regard to public safety or a pathological reaction by the accused. As L’Heureux-Dubé J. pointed out in *St. Pierre* (at para. 106),

[i]n most cases, moreover, there is good reason to suspect that post-driving drinking (or just the claim thereof) is an act of mischief intended to thwart police investigators. All such cases, at the very least, involve a significant degree of irresponsibility and a cavalier disregard for the safety of others and the integrity of the judicial system. This Court should not encourage or, at the very least, lend legitimacy, to such behaviour.

[91] As for the second requirement of s. 258(1)(d.1) *Cr. C.*, it also infringes the right to be presumed innocent as little as reasonably possible. Where the reliability of the test results is not in dispute, requiring that evidence to the contrary be consistent with those results means that the defences raised by the accused must be consistent with one another. If the results would not have shown a blood alcohol level over .08 without the “last drink” or “post-driving drinking”, then the consumption of alcohol by the accused will necessarily be consistent with

personne accusée, il n’en va pas de même de l’obligation de démontrer que la consommation d’alcool juste avant ou juste après l’infraction reprochée était compatible avec une alcoolémie ne dépassant pas 0,08 au moment de l’infraction alléguée. Il ne s’agit pas ici de cas où la personne accusée conteste les résultats des analyses, mais de situations où elle invoque son propre comportement inusité. C’est la personne accusée et non la poursuite qui sait quand elle a consommé de l’alcool et en quelle quantité. En outre, la décision d’analyser sa capacité d’absorption et d’élimination et de présenter une preuve à cet égard relève d’elle et non de la poursuite. Il ne me paraît donc pas trop onéreux d’obliger la personne qui possède ces renseignements et cette faculté qu’elle démontre, non seulement qu’elle a pris un « dernier verre » ou un verre après avoir été arrêtée, mais que l’écart résultant de cette consommation est pertinent pour décider de sa culpabilité. Il convient également de mentionner que les cas où une telle défense sera soulevée devraient être rares, et dénotent soit un haut degré d’irresponsabilité à l’égard de la sécurité publique soit une réaction pathologique de la part de la personne accusée. Tel que soulignait la juge L’Heureux-Dubé dans *St. Pierre* (par. 106),

[d]ans la plupart des cas, au surplus, il y a tout lieu de soupçonner que le fait de boire après avoir conduit (ou simplement d’affirmer qu’on l’a fait) est un acte malveillant destiné à déjouer les policiers enquêteurs. Tous ces cas, à tout le moins, dénotent un haut degré d’irresponsabilité et une insouciance cavalière à l’égard de la sécurité d’autrui et de l’intégrité du système judiciaire. Notre Cour ne doit pas encourager une telle conduite ou, à tout le moins, lui conférer quelque légitimité que ce soit.

[91] La deuxième exigence de l’al. 258(1)d.1) *C. cr.* porte elle aussi atteinte aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire à la présomption d’innocence. Dans un contexte où la fiabilité des résultats d’analyses n’est pas contestée, le fait d’exiger que la preuve contraire soit compatible avec ces résultats impose une cohérence dans les moyens de défense avancés par la personne accusée. Si, sans le « dernier verre » ou le « verre après avoir conduit », les analyses n’auraient pas révélé un taux supérieur à 0,08, la consommation d’alcool de la personne

the test results. If the defence relates to the reliability of the results, then the accused must impugn the test process itself under s. 258(1)(c) *Cr. C.* and show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. An accused cannot rely on s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* to rebut the presumption of accuracy or the first presumption of identity by raising a *Carter* defence — that would undermine the integrity of the entire legislative scheme.

[92] Section 258(1)(d.1) *Cr. C.* strikes a fair balance between collective rights and individual rights, and is part of a broader legislative scheme designed to confirm the primacy of breathalyzer test results. It is a justified infringement of the right to be presumed innocent.

7. Compatibility of Section 258(1)(d.1) with the Protection Against Self-Incrimination (Section 11(c) of the Charter)

[93] The protection against self-incrimination does not apply in every case in which the accused risks being found guilty if he or she does not present a defence. In *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, this Court noted that “[t]here is an important difference between a burden of proof with regard to an offence or an evidentiary burden, and the . . . need to respond when the Crown establishes a *prima facie* case, in order to raise a reasonable doubt about it” (para. 50). The need for the accused to testify to raise a doubt after the prosecution has produced evidence — where, for example, he or she wishes to rely on an alibi defence — results from a decision over which the Crown has no control. The prosecution is responsible neither for the choice of the accused nor for the consequences of that choice. The decision to testify in such circumstances is not incompatible with the protection against self-incrimination.

[94] Section 258(1)(d.1) places an evidentiary burden on the accused. Since the effect of the presumption is that the prosecution need not prove that

accusée sera nécessairement compatible avec les résultats des analyses. Si la défense vise la fiabilité des résultats, elle devra attaquer le processus d’analyse lui-même conformément à l’al. 258(1)c) *C. cr.* et démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’appareil. L’alinéa 258(1)d.1) *C. cr.* ne peut être invoqué par la personne accusée pour attaquer la présomption d’exactitude ou la première présomption d’identité au moyen d’une défense de type *Carter* — ce faire porterait atteinte à l’intégrité de l’ensemble du régime établi par la loi.

[92] L’alinéa 258(1)d.1) *C. cr.* établit un juste équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels, et il s’insère dans un régime législatif plus vaste tendant à faire reconnaître la primauté des résultats des alcootests. Il constitue une atteinte justifiée à la présomption d’innocence.

7. Conformité de l’al. 258(1)d.1) avec la protection contre l’auto-incrimination (al. 11c) de la Charte)

[93] La protection contre l’auto-incrimination n’entre pas en jeu dans tous les cas où la personne accusée risque d’être déclarée coupable si elle ne présente pas une défense. Dans l’arrêt *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, notre Cour a reconnu qu’« [i]l y a une différence importante entre un fardeau de preuve relatif à une infraction, ou un fardeau de présentation, et la nécessité [. . .] de répondre afin de soulever un doute raisonnable au sujet d’une preuve *prima facie* établie par le ministère public » (par. 50). Le fait que la personne accusée doive témoigner pour soulever un doute après la présentation de la preuve de la poursuite, par exemple lorsqu’elle veut présenter une défense d’alibi, résulte d’une décision sur laquelle le ministère public n’a aucun contrôle. Le choix de la personne accusée et ses conséquences ne sont pas imputables à la poursuite. La décision de témoigner dans ces circonstances n’emporte pas une contravention à la protection contre l’auto-incrimination.

[94] L’alinéa 258(1)d.1) impose un fardeau de présentation à la personne accusée. Comme la poursuite est dispensée par la présomption de faire

the consumption pattern of the accused is irrelevant to the reliability of the test results, the onus is on the accused to prove its relevance in order to ensure that those results do not stand as proof of his or her blood alcohol level at the time of the offence. Since the burden results from a statutory presumption and is not based on proven facts, it might at first glance be inferred from *Darrach* that the evidentiary burden is incompatible with the protection against self-incrimination. But this inference does not withstand scrutiny. The presumption is based on the usual behaviour of drivers, who do not generally drink a sufficient quantity of alcohol to alter the results either just before or just after being pulled over by the police. It is in fact the exceptional behaviour of the accused, not the statutory presumption in the prosecution's favour under s. 258(1)(d.1), that makes it necessary for the accused to testify.

[95] This conclusion can best be understood by considering the situation that arises in a case in which the prosecution cannot rely on the presumption of identity established in s. 258(1)(d.1), where, for example, more than two hours passed between the time of the alleged offence and that of the test. In such a case, an expert will take the blood alcohol level of the accused at the time of the test and use it to try to calculate retroactively what that level would have been at the time when the accused was pulled over. To do this, the expert must make certain factual assumptions, for example, that the accused did not consume a large quantity of alcohol within approximately one half hour before the alleged offence (in other words, that a portion of the alcohol the accused consumed had already been absorbed when he or she was pulled over), or between the time when he or she was pulled over and that of the test. If nothing in the evidence makes it possible to cast doubt on the expert's assumptions, the court may make a deduction, based on common sense, that a person will not generally ingest large quantities of alcohol immediately before driving or while driving, or after being pulled over by the police (*R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. v. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d)

la preuve que le comportement de consommation de la personne accusée n'est pas pertinent à l'égard de la fiabilité des résultats des analyses, c'est à cette dernière qu'il revient d'apporter la preuve de cette pertinence pour éviter que les résultats des analyses fassent foi de son alcoolémie au moment de l'infraction. À première vue, comme le fardeau découle d'une présomption légale et non de faits prouvés, on pourrait inférer de l'arrêt *Darrach* que le fardeau de présentation entraîne une contravention à la protection contre l'auto-incrimination. Cette inférence ne résiste cependant pas à l'analyse. La présomption est fondée sur le comportement habituel des conducteurs; ceux-ci ne boivent généralement pas une quantité d'alcool suffisante pour influencer les résultats juste avant ou juste après l'interpellation. C'est véritablement le caractère exceptionnel du comportement de la personne accusée, plutôt que la présomption légale dont bénéficie la poursuite en vertu de l'al. 258(1)d.1), qui fait en sorte que celle-ci doive témoigner.

[95] Pour mieux comprendre cette conclusion, il est utile d'examiner la situation qui se présente dans les cas où la poursuite ne peut bénéficier de la présomption d'identité établie par l'al. 258(1)d.1), par exemple parce qu'il s'est écoulé plus de deux heures entre le moment de l'infraction reprochée et celui des analyses. Un expert tente alors de calculer rétroactivement l'alcoolémie de la personne accusée au moment de l'interpellation à partir de son alcoolémie au moment des analyses. Pour ce faire, l'expert doit faire certaines hypothèses factuelles, notamment le fait que la personne accusée n'a pas consommé une quantité importante d'alcool dans la demi-heure environ qui a précédé l'infraction reprochée (en d'autres termes, qu'une partie de l'alcool consommé par la personne accusée était déjà absorbée au moment de l'interpellation) ou entre l'interpellation et les analyses. Si rien dans la preuve ne permet de mettre en doute les hypothèses de l'expert, le tribunal peut faire une déduction fondée sur le bon sens, à savoir qu'une personne n'ingère généralement pas de grandes quantités d'alcool immédiatement avant de conduire, en conduisant ou encore après avoir été interpellée par la police (*R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. c. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d)

785 (C.A.); *R. v. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. v. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210).

[96] In sum, even without the presumption of identity, the accused might be required to raise a doubt about his or her unusual alcohol consumption if nothing in the evidence indicates that the expert's assumptions are erroneous. It therefore seems artificial to say that requiring the accused under s. 258(1)(d.1) to testify about his or her alcohol consumption imposes an evidentiary burden on the accused. The choice by the accused to testify in this regard flows from a decision that must be made whenever the Crown's evidence is sufficient to support a conviction. Thus, s. 11(c) of the *Charter* is not infringed.

8. Application to the Facts of This Case

[97] The respondent was charged under s. 253(1)(b) *Cr. C.* with operating a vehicle with a blood alcohol level over the legal limit. A qualified technician took three breath samples from her using an Intoxilyzer 5000C instrument. The analyses showed blood alcohol levels of 164 mg, 124 mg and 130 mg in 100 ml of blood. Before Judge Chapdelaine, the respondent challenged the application of the presumption of accuracy on the basis of the differences in the test results. She argued that the technician should not have taken the result of the second sample into account if he did not think it reflected her actual blood alcohol level. In the respondent's view, because of the difference of more than 20 mg between the third analysis and the first, the technician should have taken a fourth sample. She contended that the prosecution could not benefit from the presumption of accuracy in these circumstances. The respondent also argued that the new provisions on breathalyzer test results are unconstitutional.

[98] Judge Chapdelaine found that the qualified technician's testimony was sufficient to explain the differences in the results of the three analyses,

785 (C.A.); *R. c. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. c. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210).

[96] En somme, même en l'absence de présomption d'identité, la personne accusée pourrait être obligée de soulever un doute sur sa consommation d'alcool hors-norme si rien dans la preuve n'indique que les hypothèses de l'expert ne sont pas fondées. Pour cette raison, il me paraît artificiel d'affirmer que l'obligation de la personne accusée de témoigner sur sa consommation d'alcool pour l'application de l'al. 258(1)d.1) emporte qu'elle est assujettie à un fardeau de présentation. Le choix de cette personne de témoigner à cet égard découle d'une décision qui survient chaque fois que la preuve du ministère public est suffisante pour mener à une déclaration de culpabilité. Il n'y a donc pas atteinte à l'al. 11c) de la *Charte*.

8. Application aux faits de l'espèce

[97] L'intimée est accusée, en vertu de l'al. 253(1)b) *C. cr.*, d'avoir conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. Un technicien qualifié a obtenu de l'intimée trois échantillons d'haleine à l'aide d'un appareil Intoxilyzer 5000C. Les analyses ont révélé des alcoolémies de 164 mg, 124 mg et 130 mg par 100 ml de sang. Devant le juge Chapdelaine, l'intimée a contesté l'application de la présomption d'exactitude, se fondant sur l'écart entre les résultats des analyses. Elle a soutenu que si le technicien estimait que le résultat du deuxième échantillon ne reflétait pas sa véritable alcoolémie, il ne devait pas en tenir compte. Selon elle, parce que la troisième analyse révélait un écart de plus de 20 mg par rapport à la première analyse, le technicien devait obtenir un quatrième échantillon. L'intimée a prétendu que la poursuite ne pouvait bénéficier de la présomption d'exactitude dans ces circonstances. L'intimée a également plaidé l'inconstitutionnalité des nouvelles dispositions relatives aux résultats des analyses faites au moyen des alcootests.

[98] Le juge Chapdelaine a conclu que le témoignage du technicien qualifié était suffisant pour expliquer l'écart entre les résultats des trois analyses

and that the technician's certificate was proof of its content. The technician had taken a third breath sample from the respondent because of the difference of more than 20 mg between the first two results. He testified that the respondent had not blown hard enough when the last two samples were taken (three seconds for the second sample and four seconds for the third), mainly because she was crying. In his opinion, however, the instrument had functioned effectively, and the last two samples were valid even though the results obtained from them were below the respondent's actual blood alcohol level.

[99] Regarding the constitutional challenge, Judge Chapdelaine expressed the opinion that the statutory amendments did not bar the respondent from presenting a *Carter* defence to rebut the presumption of accuracy. He therefore assessed the probative value of her testimony concerning her consumption of alcohol. On the basis of what she said she had consumed, her blood alcohol level at the time she was pulled over would have been 58 mg in 100 ml of blood.

[100] In light of the evidence, Judge Chapdelaine concluded that the respondent's testimony about her alcohol consumption was not sufficiently serious or probative to raise a reasonable doubt. Finding that the qualified technician's explanations were sufficient and that the presumptions established in s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* applied, he accordingly convicted the respondent of operating a vehicle with a blood alcohol level over the legal limit. In short, Judge Chapdelaine erred in holding that the respondent could rebut the presumption of accuracy of s. 258(1)(c) *Cr. C.* by presenting a *Carter* defence, but that error did not affect his conclusion, since, when all is said and done, he did not believe the respondent. The conviction is therefore upheld.

[101] For these reasons, I would allow the appeal in part and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe

et que son certificat faisait preuve de son contenu. En l'espèce, vu l'écart de plus de 20 mg entre les deux premiers résultats, le technicien qualifié a procédé à trois prélèvements de l'haleine de l'intimée. Il a témoigné que celle-ci n'avait pas soufflé suffisamment fort lors des deux derniers prélèvements (trois secondes pour le deuxième échantillon et quatre secondes pour le troisième), notamment parce qu'elle pleurait. Selon lui, l'alcootest avait cependant fonctionné de façon efficace et les deux derniers prélèvements étaient utiles, bien que les résultats obtenus sous-estimaient l'alcoolémie vérifiable de l'intimée.

[99] Relativement à la contestation constitutionnelle, le juge Chapdelaine a exprimé l'avis que les modifications législatives n'avaient pas pour effet d'empêcher l'intimée de présenter une défense de type *Carter* pour repousser la présomption d'exactitude. Il a donc apprécié la valeur probante de son témoignage sur sa consommation d'alcool. Suivant ce qu'elle disait avoir consommé, son alcoolémie au moment de l'interpellation aurait été de 58 mg par 100 ml de sang.

[100] Le juge Chapdelaine a conclu, à la lumière de la preuve, que le témoignage de l'intimée concernant sa consommation d'alcool ne possédait pas un caractère sérieux et probant susceptible de soulever un doute raisonnable. Estimant que les explications du technicien qualifié étaient suffisantes et que les présomptions prévues aux al. 258(1)c) et 258(1)d.1) *C. cr.* étaient applicables, il a donc déclaré l'intimée coupable d'avoir conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. En somme, bien que le juge Chapdelaine ait, à tort, considéré que l'intimée pouvait repousser la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)c) *C. cr.* en présentant une défense de type *Carter*, cette erreur n'a pas affecté sa conclusion, étant donné qu'il n'a pas cru l'intimée en définitive. À cet égard, la déclaration de culpabilité est confirmée.

[101] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles :

1. Les alinéas 258(1)c), 258(1)d.01) et 258(1)d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils

s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Sections 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1), and s. 258(1)(c) after severance of the words “all of the following three things —” and “, that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused’s blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused’s blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in

atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non

2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les alinéas 258(1)(c), 258(1)(d.01) et 258(1)(d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l’al. 11(c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non

4. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Les alinéas 258(1)(c), 258(1)(d.01) et 258(1)(d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l’al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui

6. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Les alinéas 258(1)(d.01) et 258(1)(d.1) sont justifiés au sens de l’article premier de la *Charte*. L’alinéa 258(1)(c), amputé des mots « en l’absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’alcooltest approuvé et

100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed”, are justified under s. 1 of the *Charter*.

The reasons of Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting in part) —

I. Introduction

[102] I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Deschamps J. I agree with her that the conviction should be upheld. With respect to the constitutional issues, I also agree that s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), do not violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* does not violate s. 11(c) of the *Charter*.

[103] However, I respectfully am not persuaded that ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) or 258(1)(d.1) limit the right to be presumed innocent as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Even assuming, without deciding, that they do, I conclude that any limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. I would answer the relevant constitutional questions in the negative and allow the appeal.

[104] In my respectful view, the record before us shows that the results of a breathalyzer analysis, performed in accordance with the statutory requirements, are sufficiently reliable that it would not be reasonable to doubt that a reading exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood (“.08”) accurately reflects a blood alcohol level that is over .08 at the time of testing and at the time of the alleged

que l’alcoolémie de l’accusé au moment où l’infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang », qui sont remplacés par les mots « en l’absence de toute preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcooltest approuvé », est justifié au sens de l’article premier de la *Charte*.

Version française des motifs des juges Rothstein et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident en partie) —

I. Introduction

[102] J’ai lu les motifs de ma collègue la juge Deschamps et, comme elle, je suis d’avis qu’il y a lieu de confirmer la déclaration de culpabilité. Pour ce qui est des questions constitutionnelles, je conclus également que les al. 258(1)c) et 258(1)d.01) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), ne violent pas l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l’al. 258(1)d.1) *C. cr.* ne viole pas l’al. 11c) de la *Charte*.

[103] Toutefois, avec égards pour l’opinion exprimée par ma collègue, je ne suis pas convaincu que les al. 258(1)c), 258(1)d.01) ou 258(1)d.1) limitent le droit à la présomption d’innocence garanti par l’al. 11d) de la *Charte*. Même en supposant — sans toutefois décider — qu’ils ont cet effet, je conclus qu’il s’agit d’une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique. En conséquence, je répondrais par la négative aux questions constitutionnelles pertinentes et j’accueillerais le pourvoi.

[104] À mon humble avis, il ressort du dossier dont nous disposons que les résultats d’une analyse d’alcoolémie effectuée conformément aux exigences de la loi sont suffisamment fiables et qu’il ne serait pas raisonnable de douter qu’une lecture d’alcoolémie supérieure à 80 mg d’alcool par 100 ml de sang (« 0,08 ») reflète exactement l’existence d’un tel taux à la fois au moment de l’analyse et

offence, absent evidence raising a realistic concern about the proper functioning or operation of the device. That in my view is the effect of the provisions and this meets the requirements of s. 11(d).

[105] If I am wrong in that conclusion, I agree with Deschamps J. to the extent that she finds that aspects of the scheme are justified limitations, but respectfully disagree that some other aspects are not.

II. The Statutory Scheme and the Challenged Provisions

A. *Nature of the Statutory Scheme and the Challenged Provisions*

[106] The provisions in issue are interrelated and for the purposes of the constitutional analysis, they must be examined in light of their overall effect. Before turning to the provisions in detail, therefore, it will be helpful to describe the statutory scheme and the place of the challenged provisions in it.

[107] To begin, I underline that the offence to which these provisions relate is operating, or having care or control of, a motor vehicle (or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft or of railway equipment) “having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person’s blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood”: s. 253(1)(b). It is not necessary for the Crown to prove any particular blood alcohol concentration (“BAC”). Rather, the accused’s guilt or innocence will depend on proof that his or her BAC exceeded the legal limit (.08) at the time of the alleged offence (hereafter “driving”).

[108] Evidence of this element of the offence will most often come from the results of an analysis of breath samples provided by the accused in compliance with a demand by a peace officer. The *Criminal Code* sets up a detailed scheme governing how these samples may be lawfully obtained,

au moment de l’infraction reprochée, en l’absence de preuve soulevant une crainte réaliste au sujet du bon fonctionnement ou de l’utilisation correcte de l’appareil. Voilà, à mon avis, quel est l’effet des dispositions en litige et, en conséquence, celles-ci satisfont aux exigences de l’al. 11d).

[105] Si je me trompe en tirant cette conclusion, je suis d’accord avec la juge Deschamps lorsqu’elle conclut que certains aspects du régime sont des limites justifiées, mais non lorsqu’elle affirme que d’autres aspects ne le sont pas.

II. Le régime législatif et les dispositions contestées

A. *La nature du régime législatif et des dispositions contestées*

[106] Les dispositions en litige sont interreliées et, pour les besoins de l’analyse constitutionnelle, elles doivent être considérées à la lumière de leur effet global. Par conséquent, avant d’examiner ces dispositions en détail, il est utile de décrire le régime législatif dans lequel elles s’inscrivent et la place qu’elles y occupent.

[107] Pour commencer, je souligne que l’infraction visée par les dispositions litigieuses est le fait pour l’accusé de conduire, ou d’avoir eu la garde ou le contrôle d’un véhicule à moteur (d’un bateau, d’un aéronef ou de matériel ferroviaire) « lorsqu’il a consommé une quantité d’alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang » : al. 253(1)b). Le ministère public n’a pas à prouver un taux d’alcoolémie (« TA ») précis. La culpabilité ou l’innocence de l’accusé dépendra plutôt de la preuve que le TA de ce dernier était supérieur à la limite légale (0,08) au moment de l’infraction reprochée (soit conduire un véhicule).

[108] La preuve de cet élément de l’infraction repose le plus souvent sur les résultats d’une analyse d’échantillons d’haleine fournis par l’accusé à la suite d’une demande en ce sens d’un agent de la paix. Le *Code criminel* instaure un régime détaillé régissant la manière dont ces échantillons peuvent

how they may be analyzed, how the results may be admitted into evidence and how the results may be challenged at trial. The provisions in issue in this appeal fall into this last category and it is useful to place them in the broader context of the breath analysis scheme.

[109] In order to make a lawful demand for a breath sample, a peace officer must have reasonable grounds to believe that a person is committing or has, within the preceding three hours, committed an offence under s. 253: s. 254(3). If several requirements are met, the prosecution will have the benefit of the presumptions facilitating proof of the accuracy of the results and of the fact that the results correspond to the accused's BAC at the time of driving. These requirements include time limits for taking the breath samples, the use of approved containers for taking the samples, the use of approved instruments for analyzing them and the operation of the instrument by a qualified technician.

[110] The challenged provisions which form part of this complex statutory scheme are based on three quite straight forward ideas. These ideas are that if all of the statutory requirements for taking and analyzing samples are observed: (1) the breathalyzer results are reliable in the absence of some basis in the evidence to doubt them; (2) the estimated BAC arrived at by consumption and elimination evidence (so-called *Carter* evidence; see *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (Ont. C.A.)), is not sufficiently reliable to be used to challenge the accuracy of breathalyzer results; and (3) the BAC at the time of testing will not be higher than at the time of driving, unless the accused drank a large quantity of alcohol shortly before driving or consumed alcohol between driving and testing. It will be helpful to say a few words about each of these ideas.

1. Accuracy of Results

[111] The first idea is that, provided the analysis of breath samples is made in accordance with the

être obtenus légalement, puis analysés et admis en preuve, ainsi que la façon dont les résultats peuvent être contestés au procès. Les dispositions en litige dans le présent pourvoi relèvent de cette dernière catégorie et il est utile de les examiner dans le contexte général du régime des analyses d'haleine.

[109] Un agent de la paix peut valablement ordonner à une personne de lui fournir un échantillon d'haleine s'il a des motifs raisonnables de croire que cette personne est en train de commettre, ou a commis dans les trois heures précédentes, une infraction prévue à l'art. 253 : par. 254(3). Si diverses conditions sont respectées, la poursuite profitera des présomptions facilitant la preuve que les résultats sont exacts et du fait qu'ils correspondent au TA de l'accusé au moment où celui-ci conduisait le véhicule. Parmi ces conditions, mentionnons les délais de prélèvement des échantillons d'haleine, l'utilisation de contenants approuvés pour ces prélèvements, l'utilisation d'instruments d'analyse approuvés et la manipulation de l'appareil par un technicien qualifié.

[110] Les dispositions contestées faisant partie de ce régime législatif complexe reposent sur trois idées assez simples. Si toutes les conditions prescrites par la loi pour le prélèvement et l'analyse des échantillons sont observées : (1) les résultats indiqués par l'alcootest sont fiables, en l'absence d'éléments de preuve permettant d'en douter; (2) le TA estimé au moyen d'éléments de preuve relatifs au taux d'absorption ou d'élimination (la preuve de type *Carter*; voir *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (C.A. Ont.)), n'est pas assez fiable pour être utilisé pour contester l'exactitude des résultats indiqués par l'alcootest; (3) le TA au moment des analyses ne sera pas plus élevé qu'au moment où l'accusé conduisait, sauf si ce dernier a consommé une grande quantité d'alcool peu de temps avant de conduire ou s'il a consommé de l'alcool entre le moment où il conduisait et celui où il a subi le test. Il est utile de discuter brièvement de chacune de ces idées.

1. L'exactitude des résultats

[111] Selon la première idée, pourvu que l'analyse des échantillons d'haleine soit effectuée

statutory requirements, its results should be accepted as accurately reflecting the accused's BAC at the time of testing unless there is some reason to question the proper functioning or operation of the device. This idea is based on the demonstrated accuracy of approved instruments when used properly by qualified technicians. The challenged provisions require this inference of accuracy to be drawn unless there is evidence capable of giving rise to a doubt about whether the approved device, as a result of improper functioning or use, generated a reading that wrongly showed the accused's BAC as exceeding the legal limit.

[112] More specifically, s. 258(1)(c) *Cr. C.* provides that evidence of the results of the analysis is conclusive proof of the accused's blood alcohol limit at the time of testing. There is, therefore, now clearly a presumption of accuracy in this provision. (This is subject to the analysis meeting the requirements as to the taking of each sample and analysis of it by means of an approved instrument operated by a qualified technician. I should add that if the two samples result in different levels, the lower is deemed to be the relevant blood alcohol level. I should also add that the provision deems the results of the analysis to reflect the accused's BAC at the time of driving as well. I will return to this aspect of the provision in a moment.)

[113] To avoid the operation of the presumption that the results of the analysis are accurate, the accused must point to evidence raising a reasonable doubt about each of the following three matters: (1) that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly; (2) the malfunction or improper operation resulted in the determination that the accused's BAC was over .08; and (3) the accused's BAC was not over .08 at the time of driving. In other words, to avoid the inference that an approved device operated by a qualified technician yielded an accurate result, the accused must raise

conformément aux exigences prescrites par la loi, ses résultats doivent être considérés comme reflétant exactement le TA de l'accusé au moment du test, à moins qu'il n'existe quelque raison de mettre en doute le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil. Cette idée repose sur la précision avérée des instruments approuvés lorsqu'ils sont correctement utilisés par des techniciens qualifiés. Les dispositions contestées commandent une telle inférence d'exactitude, sauf s'il existe une preuve capable de faire naître dans l'esprit du tribunal un doute l'amenant à penser que, en raison d'un mauvais fonctionnement ou d'une utilisation incorrecte de l'appareil approuvé, celui-ci a produit une lecture indiquant à tort que le TA de l'accusé était supérieur à la limite légale.

[112] De façon plus particulière, l'al. 258(1)c) *C. cr.* précise que la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante du TA de l'accusé au moment du test. Cette disposition crée donc maintenant clairement une présomption d'exactitude. (Cette conclusion est subordonnée à la condition que l'analyse satisfasse aux exigences relatives au prélèvement et à l'analyse de chaque échantillon au moyen d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié. Je précise que, si les résultats tirés des deux échantillons ne sont pas identiques, le résultat le moins élevé est réputé être le véritable TA. Je dois également ajouter que, selon la disposition, les résultats de l'analyse sont réputés refléter le TA de l'accusé au moment où il conduisait. Je vais revenir un peu plus loin sur cet aspect de la disposition.)

[113] Afin d'éviter l'application de la présomption selon laquelle les résultats de l'analyse sont exacts, l'accusé doit indiquer dans la preuve des éléments soulevant un doute raisonnable à l'égard de chacun des trois aspects suivants : (1) l'instrument approuvé fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement; (2) en raison de ce mauvais fonctionnement ou de cette utilisation incorrecte, il a été déterminé que le TA de l'accusé était supérieur à 0,08; (3) le TA de l'accusé n'était pas supérieur à 0,08 au moment où il conduisait son véhicule. En d'autres mots, afin d'éviter l'inférence selon

a doubt that, but for improper functioning or operation of the device, the reading would have been within the legal limit.

[114] My colleague Deschamps J. is of the view that this limits the right to be presumed innocent guaranteed under s. 11(d) of the *Charter* and therefore must be justified under s. 1 to survive *Charter* scrutiny. For reasons I will set out in my analysis, my view is that it does not.

2. Consumption/Elimination Evidence

[115] The second idea is that *Carter* evidence should not be admitted to challenge the proper functioning or operation of the device. *Carter* evidence seeks to establish a BAC by applying estimates of absorption and elimination of alcohol in the blood on the basis of how much alcohol the accused consumed. The purpose of one of the challenged provisions, s. 258(1)(d.01), is to exclude this sort of evidence if it is directed to showing that the device malfunctioned, was operated improperly or that the analysis was improperly performed.

[116] My colleague concludes that this provision, in combination with s. 258(1)(c), limits the right to be presumed innocent, but that it does not infringe the right to make full answer and defence. While I agree that it does not limit the right to make full answer and defence, my view is that it does not limit the right to be presumed innocent either.

3. BAC at Time of Testing and Driving

[117] The third idea underpinning the scheme and the challenged provisions is that the accused's BAC at the time of driving will generally not have been lower than at the time of testing unless the

laquelle un appareil approuvé et ayant été manipulé par un technicien qualifié a produit un résultat exact, l'accusé doit faire naître un doute amenant à penser que, n'eût été le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil, le résultat obtenu n'aurait pas dépassé la limite légale.

[114] De l'avis de ma collègue la juge Deschamps, cette exigence a pour effet de limiter le droit à la présomption d'innocence garanti par l'al. 11d) de la *Charte* et, pour résister à un examen fondé sur la *Charte*, elle doit donc être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*. Pour les motifs que j'énoncerai dans mon analyse, je suis d'avis qu'elle n'a pas cet effet.

2. La preuve relative au taux d'absorption et d'élimination

[115] La deuxième idée est qu'une preuve de type *Carter* ne devrait pas être admise pour contester le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil. Une telle preuve vise à établir le TA au moyen d'estimations de l'absorption et de l'élimination de l'alcool dans le sang basées sur la quantité d'alcool consommé par l'accusé. L'une des dispositions contestées, l'al. 258(1)(d.01), a pour objet d'exclure ce type de preuve si celle-ci vise à démontrer que l'appareil a mal fonctionné, qu'il n'a pas été utilisé correctement ou que les analyses ont été effectuées incorrectement.

[116] Ma collègue conclut que, conjuguée à l'al. 258(1)(c), cette disposition limite le droit à la présomption d'innocence, mais ne viole pas le droit de présenter une défense pleine et entière. Bien que je souscrive à la seconde conclusion, je suis d'avis que la disposition ne limite pas non plus le droit à la présomption d'innocence.

3. Le TA au moment du test et au moment de la conduite

[117] La troisième idée qui sous-tend le régime et les dispositions contestées est que le TA de l'accusé au moment où il conduisait n'est généralement pas moins élevé que son TA au moment du test,

accused drank a large amount of alcohol shortly before driving (this is often referred to as “bolus drinking”) or consumed alcohol between driving and testing (I will refer to this as intervening drinking). This idea is addressed in two places in the challenged provisions and it is important to take both into account in the constitutional analysis. In s. 258(1)(c), there is the first “presumption of identity”. It stipulates that the BAC at the time of testing (or the lowest of the results of multiple tests) is conclusive proof that the BAC *at the time of the offence* was the same. (This of course is subject to the tests being administered in accordance with the statutory scheme, and to there being no reasonable doubt that the readings were over the limit as a result of malfunction or improper operation or that the accused’s BAC at the time of driving was in fact under .08.) The second presumption of identity is found in s. 258(1)(d.1). It provides that, if the results of analyses show a BAC over .08, that is proof that the BAC at the time of the alleged offence was over .08, in the absence of evidence tending to show that the accused’s consumption of alcohol was consistent with both a BAC over .08 at the time of testing and under .08 at the time of the offence. This provision addresses the possibility of bolus and intervening drinking.

[118] As noted earlier, *Carter* evidence is not admissible to show that the device malfunctioned or was operated improperly (s. 258(1)(d.01)). Thus, such evidence cannot be used to rebut the first presumption of identity by attacking these aspects of the accuracy of the test results. However, and I think this is an important qualification of the exclusion of evidence, s. 258(1)(d.1) *permits Carter* evidence to rebut this second presumption of identity, provided that the evidence is consistent with both the readings and innocence. In other words, the admission of this evidence for the purpose of rebutting this presumption is premised on the accuracy of the readings. While the statute is not as clear as it might be, I understand that these two presumptions

sauf s’il a consommé une grande quantité d’alcool peu de temps avant de conduire (ce qu’on appelle souvent la défense du « dernier verre ») ou encore s’il a consommé de l’alcool entre le moment où il a conduit et celui où il a subi le test (situation que j’appellerai le « verre d’après »). Cette idée est traitée à deux endroits dans les dispositions contestées et il est important de se référer aux deux dans le cadre de l’analyse constitutionnelle. L’alinéa 258(1)c) fait état de la première « présomption d’identité ». On y précise que le TA au moment du test (ou le plus faible des résultats tirés de plusieurs analyses) fait foi de façon concluante que le TA était le même *au moment de l’infraction*. (Pour que s’applique cette présomption, il faut bien sûr que les analyses aient été effectuées en conformité avec le régime législatif et qu’il n’existe aucun doute raisonnable que les résultats dépassaient la limite légale en raison d’un mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’appareil ou que le TA de l’accusé était dans les faits inférieur à 0,08 au moment où il conduisait.) La deuxième présomption d’identité figure à l’al. 258(1)d.1). Elle prévoit que, si les résultats des analyses indiquent un TA supérieur à 0,08, ces résultats font foi de ce TA au moment de l’infraction reprochée en l’absence de preuve tendant à démontrer que la consommation d’alcool par l’accusé était compatible à la fois avec un TA supérieur à 0,08 au moment du test et inférieur à 0,08 au moment où l’infraction aurait été commise. Cette disposition vise la possibilité du dernier verre ou du verre d’après.

[118] Comme je l’ai signalé précédemment, une preuve de type *Carter* n’est pas admissible pour démontrer que l’appareil fonctionnait mal ou qu’il a été utilisé incorrectement (al. 258(1)d.01)). Par conséquent, une telle preuve ne peut pas être utilisée pour réfuter la première présomption d’identité en attaquant ces aspects de l’exactitude des résultats des analyses. Toutefois — et je crois qu’il s’agit là d’une précision importante en ce qui concerne l’exclusion de la preuve —, l’al. 258(1)d.1) *permet* la présentation d’une preuve de type *Carter* pour réfuter cette deuxième présomption d’identité, pourvu que cette preuve soit compatible à la fois avec les résultats et avec l’innocence. En d’autres mots, l’exactitude des résultats est à la base de

of identity are not intended to conflict. In other words, if an accused raises a reasonable doubt by means of *Carter* evidence under s. 258(1)(d.1), the presumption of identity in s. 258(1)(c) does not continue to operate.

[119] My colleague finds that these provisions limit the presumption of innocence and I respectfully am of the view that they do not.

4. Section 1 Justification

[120] My colleague concludes that limiting the challenge to the accuracy of the readings to evidence raising a doubt about whether the instrument was malfunctioning or was operated improperly (the first requirement of s. 258(1)(c)) is a justified limitation of the right to be presumed innocent, as are the limitations on the admissibility of *Carter* evidence as set out in ss. 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1). However, my colleague concludes that the other two requirements in s. 258(1)(c), that is the burden on the accused to raise a doubt that the malfunctioning or improper operation of the device resulted in the over .08 reading and that the accused was in fact below the legal limit at the time of driving, are not justified and therefore violate s. 11(d) of the *Charter*. I respectfully disagree. In my view, all that these provisions do is to require that any doubt about the proper functioning or operation of the instrument be material to the issue of whether the accused's BAC at the time of driving was in fact below .08. Even assuming for a moment that s. 258(1)(c) did in fact violate s. 11(d), this requirement of materiality would in my view constitute a reasonable and demonstrably justified limitation on the right to be presumed innocent.

l'admission d'une telle preuve dans le but de réfuter cette présomption. Bien que la loi ne soit pas aussi claire qu'elle pourrait l'être, j'estime que ces deux présomptions d'identité ne sont pas censées être incompatibles. Autrement dit, si un accusé soulève un doute raisonnable en vertu de l'al. 258(1)(d.1) au moyen d'une preuve de type *Carter*, la présomption d'identité établie à l'al. 258(1)(c) cesse de s'appliquer.

[119] Ma collègue conclut que ces dispositions limitent la présomption d'innocence, mais, avec égards, je suis d'avis que ce n'est pas le cas.

4. La justification au regard de l'article premier de la *Charte*

[120] Ma collègue conclut que le fait de restreindre la possibilité de contester l'exactitude des résultats au fait d'indiquer dans la preuve des éléments soulevant un doute quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'instrument (la première exigence de l'al. 258(1)(c)) constitue une limite justifiée au droit à la présomption d'innocence, tout comme le sont les limites à l'admissibilité de la preuve de type *Carter* énoncées aux al. 258(1)(d.01) et 258(1)(d.1). Toutefois, ma collègue juge que les deux autres exigences prévues à l'al. 258(1)(c) — à savoir l'obligation faite à l'accusé de soulever un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil a occasionné le résultat supérieur à 0,08 et que le TA de l'accusé était dans les faits inférieur à la limite légale au moment où il conduisait — ne sont pas justifiées et violent en conséquence l'al. 11(d) de la *Charte*. Je ne peux souscrire à cette opinion. Selon moi, ces dispositions exigent uniquement que tout doute au sujet du bon fonctionnement ou de l'utilisation correcte de l'appareil soit important en ce qui concerne la question de savoir si le TA de l'accusé au moment où il conduisait était dans les faits inférieur à 0,08. Même en supposant un instant que l'al. 258(1)(c) viole effectivement l'al. 11(d), l'exigence voulant que le doute soit important constituerait à mon avis une limite raisonnable et justifiée au droit à la présomption d'innocence.

5. Summary

[121] To summarize, the nature of the scheme is this:

- A reading obtained in accordance with the statutory requirements is deemed accurate, absent some evidence suggesting that the reading exceeded .08 as a result of instrument malfunction or improper operation and that the accused's BAC did not exceed .08 at the time of driving.
- *Carter* evidence is not admissible to raise a reasonable doubt that the instrument malfunctioned, or was operated improperly. When concerned with the first presumption of identity, it is only admissible to raise a reasonable doubt that the accused's BAC exceeded .08 at the time of driving. It follows that the presumption that the BAC at the time of driving is the same as at the time of testing cannot be rebutted by *Carter* evidence alone challenging the accuracy of the reading.
- *Carter* evidence is admissible to rebut the second presumption of identity provided that the evidence is consistent with both the BAC indicated by the results at the time of testing and with a BAC at the time of driving which is below .08. In other words, consumption evidence in the cases of bolus and intervening drinking is admissible provided that it is consistent with both the test results and innocence.

B. *Overview of Conclusions*

[122] In overview, my position respecting the constitutionality of this scheme is as follows. *First*, Parliament in formulating these provisions was entitled to act on the basis of widely accepted scientific evidence and the Court should take such evidence as is properly before the Court into account

5. Résumé

[121] Pour résumer, la nature du régime peut être décrite ainsi :

- Un résultat obtenu en conformité avec les exigences prescrites par la loi est réputé exact, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer que le résultat supérieur à 0,08 découle d'un mauvais fonctionnement ou d'une utilisation incorrecte de l'appareil et que le TA de l'accusé n'était pas supérieur à 0,08 au moment où il conduisait.
- Aucune preuve de type *Carter* n'est admissible pour soulever un doute raisonnable quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'appareil. Relativement à la première présomption d'identité, une telle preuve n'est admissible que pour soulever un doute raisonnable à l'égard du fait que le TA de l'accusé dépassait 0,08 au moment où il conduisait. Il s'ensuit que la présomption selon laquelle le TA de l'accusé au moment où il conduisait est identique à son TA au moment des analyses ne peut pas être réfutée au moyen seulement d'une preuve de type *Carter* contestant l'exactitude du résultat.
- Une preuve de type *Carter* est admissible pour réfuter la deuxième présomption d'identité, à la condition que cette preuve soit compatible à la fois avec le TA indiqué par les résultats des analyses et avec un TA inférieur à 0,08 au moment où l'accusé conduisait. En d'autres mots, dans les situations de dernier verre et de verre d'après, la preuve relative à la consommation est admissible, pourvu qu'elle soit compatible à la fois avec les résultats des analyses et avec l'innocence.

B. *Aperçu des conclusions*

[122] Voici un aperçu de ma position concernant la constitutionnalité du régime. *Premièrement*, en formulant les dispositions en litige le législateur avait le droit de se fonder sur les données scientifiques généralement reconnues et la Cour devrait tenir compte des éléments de preuve de cette nature

in assessing the constitutionality of the provisions. *Second*, the evidence about the reliability of the breathalyzer analysis conducted under the statutory conditions is such that it would be speculative to have a reasonable doubt about its accuracy in the absence of any evidence supporting the contention that an over .08 reading should have been an under .08 reading. On this basis, my view is that the presumption of accuracy does not limit the right to be presumed innocent. *Third*, the scientific evidence supports the view that so-called *Carter* evidence is such an unreliable indicator of the accuracy of an approved device that such evidence which is advanced for that purpose may be excluded without limiting the right to make full answer and defence. *Fourth*, Parliament is entitled to legislate to give effect to these widely accepted notions rather than to require them to be proved by evidence in every “blowing over” trial. *Finally*, if there is any limitation of the right to be presumed innocent, it is reasonable and demonstrably justified.

III. Analysis

A. *Introduction*

[123] I agree with my colleague that none of the challenged provisions limits the right under s. 11(c) of the *Charter* not to be compelled to testify. I also agree, although for somewhat different reasons, that none of the provisions limits the right to make full answer and defence as guaranteed under s. 7 of the *Charter*. I respectfully do not agree with my colleague’s analysis or conclusion in relation to the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d).

[124] Taking a broad view of the respondent’s position, there are two types of constitutional issues advanced. The first relates to the fact that the provisions place a burden on the accused to point to evidence giving rise to a reasonable doubt on the issues of accuracy and identity — that is, that the

qui lui ont été régulièrement soumis lorsqu’elle évalue la constitutionnalité des dispositions en question. *Deuxièmement*, la preuve relative à la fiabilité des analyses effectuées au moyen d’un alcootest conformément aux exigences prescrites par la loi est telle que tout doute raisonnable quant à l’exactitude de ces analyses relèverait de la conjecture en l’absence de preuve étayant la prétention qu’un résultat supérieur à 0,08 aurait plutôt dû être inférieur à 0,08. Pour cette raison, je suis d’avis que la présomption d’exactitude ne limite pas le droit à la présomption d’innocence. *Troisièmement*, les données scientifiques étayent l’opinion selon laquelle la preuve dite de type *Carter* est un indicateur si peu fiable de l’exactitude d’un appareil approuvé qu’une telle preuve présentée à cet égard peut être exclue sans que cela ait pour effet de limiter le droit de présenter une défense pleine et entière. *Quatrièmement*, le législateur a le droit de légiférer afin de donner effet à ces notions généralement reconnues plutôt que d’en exiger la preuve dans chaque procès fondé sur un TA supérieur à la limite. *Enfin*, si le droit à la présomption d’innocence est limité de quelque façon que ce soit, il s’agit d’une limite raisonnable et justifiée.

III. L’analyse

A. *Introduction*

[123] À l’instar de ma collègue, je suis d’avis qu’aucune des dispositions contestées ne limite le droit de ne pas être contraint de témoigner garanti par l’al. 11c) de la *Charte*. Je suis également d’accord avec elle pour affirmer, bien que pour des motifs quelque peu différents, qu’aucune de ces dispositions ne limite le droit de présenter une défense pleine et entière que garantit l’art. 7 de la *Charte*. Toutefois, je ne peux souscrire à l’analyse ou à la conclusion de ma collègue relativement à la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d).

[124] D’un point de vue général, la thèse de l’intimée repose sur deux types d’arguments d’ordre constitutionnel. Le premier type a trait au fait que les dispositions imposent à l’accusé le fardeau d’indiquer dans la preuve des éléments faisant naître un doute raisonnable quant à l’exactitude et à

test results are accurate at the time of testing and represent the BAC at the time of driving. The second relates to the fact that the provisions impose restrictions on the types of evidence that are admissible to raise a reasonable doubt. As outlined earlier, *Carter* evidence is not admissible to challenge the proper functioning or operation of the device and, in order to raise a doubt about accuracy, the accused must point to evidence that not only the device malfunctioned or operated improperly, but as well that this resulted in the over .08 reading *and* that his or her BAC in fact did not exceed .08 at the time of driving.

[125] Although all of the provisions are challenged under ss. 11(*d*) and 7, my view is that the constitutionality of the provisions which address the burden of proof are best analyzed under s. 11(*d*), while those which limit the relevance of, or exclude evidence in relation to, particular issues are best analyzed under s. 7. Simply put, the provisions which deal with the burden of proof most directly engage the presumption of innocence whereas the provisions which deal with limitations on defence evidence most directly engage the right to make full answer and defence as guaranteed through s. 7. I will first address s. 7 and then turn to s. 11(*d*).

B. *Section 7 of the Charter*

1. Section 258(1)(*d.01*)

[126] Section 258(1)(*d.01*), it will be remembered, is the provision which excludes *Carter* evidence to challenge the accuracy of the test results. It was argued that s. 258(1)(*d.01*) violates s. 7 of the *Charter* in two respects: first, because it excludes logically probative defence evidence and second because it creates hurdles which make the prospect of successfully rebutting the presumptions of accuracy

l'identité des résultats — c'est-à-dire que les résultats obtenus au moment des analyses sont exacts et qu'ils correspondent au TA de l'accusé au moment où il conduisait. Le deuxième type se rapporte au fait que les dispositions imposent des restrictions quant aux genres de preuve admissibles pour faire naître un doute raisonnable. Comme je l'ai indiqué plus tôt, aucune preuve de type *Carter* n'est admissible pour contester le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil et, pour soulever un doute au sujet de l'exactitude des résultats, l'accusé doit indiquer dans la preuve des éléments tendant à démontrer non seulement que l'appareil fonctionnait mal ou qu'il a été utilisé incorrectement, mais également que ce mauvais fonctionnement ou cette utilisation incorrecte a occasionné le résultat supérieur à 0,08 *et* que, dans les faits, son TA ne dépassait pas 0,08 au moment où il conduisait.

[125] Bien que toutes les dispositions soient contestées sur le fondement de l'al. 11(*d*) et de l'art. 7, j'estime que c'est en vertu de l'al. 11(*d*) qu'il convient d'analyser la constitutionnalité des dispositions touchant au fardeau de la preuve, et en vertu de l'art. 7 qu'il convient d'analyser la constitutionnalité de celles qui limitent la pertinence de certaines questions ou excluent la preuve s'y rapportant. Bref, les dispositions relatives au fardeau de preuve visent plus directement la présomption d'innocence, alors que les dispositions limitant les moyens de preuve ouverts à la défense visent plus directement le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7. Je traiterai d'abord de l'art. 7, puis de l'al. 11(*d*).

B. *L'article 7 de la Charte*

1. L'alinéa 258(1)(*d.01*)

[126] L'alinéa 258(1)(*d.01*) est, il convient de le rappeler, la disposition qui exclut la possibilité de présenter une preuve de type *Carter* pour contester l'exactitude des résultats de l'alcootest. On a prétendu que cet alinéa viole l'art. 7 de la *Charte* de deux façons : premièrement, parce qu'il prive la défense de moyens de preuve logiquement probants et, deuxièmement, parce qu'il crée des obstacles

and identity contained at s. 258(1)(c) all but illusory.

[127] Turning to the first ground of challenge, I agree with Deschamps J.'s rejection of it. In my view, the exclusion of *Carter* evidence to challenge the proper functioning or operation of the approved instrument does not violate s. 7 of the *Charter*.

[128] There is no doubt that s. 258(1)(d.01) has the effect of restricting the use of evidence which has already been recognized by this Court as being logically probative of the accuracy of the test results: see, e.g., *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397, at paras. 64 and 78. The exclusion of this evidence for the purpose of raising a reasonable doubt about the accuracy of the results therefore engages the right to make full answer and defence as guaranteed under s. 7. The Court has held that it is a principle of fundamental justice that defence evidence may only be excluded if its probative value is substantially outweighed by its prejudicial effect on the trial process: see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 609-12; *Gibson*, at para. 64.

[129] In holding that s. 258(1)(d.01) does not violate this principle, Deschamps J. points out that, while consumption evidence could logically tend to discredit the validity of breathalyzer test results, expert testimony and reports show that its reliability for this purpose is low as compared to the reliability of the breathalyzers themselves. Furthermore, testimony before a Senate Committee and a study completed on behalf of Transport Canada are to the effect that the unrestricted use of consumption evidence leads to a number of acquittals that is disproportionate in relation to the actual likelihood of breathalyzer inaccuracies. From this, my colleague concludes, and I agree, that the evidence submitted before the Court supports the conclusion that, in the absence of evidence directly putting in doubt the proper functioning or operation of a breathalyzer, the results obtained are reliable and consumption evidence challenging this reliability is misleading and likely to lead to incorrect decisions. There are

rendant pratiquement illusoire la possibilité de réfuter avec succès les présomptions d'exactitude et d'identité figurant à l'al. 258(1)c).

[127] En ce qui a trait au premier motif de contestation, je suis d'accord avec la juge Deschamps pour le rejeter. Selon moi, l'exclusion de l'utilisation de la preuve de type *Carter* pour contester le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil approuvé ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

[128] Il ne fait aucun doute que l'al. 258(1)d.01 a pour effet de limiter l'utilisation d'une preuve que notre Cour a déjà reconnue logiquement probante à l'égard de l'exactitude des résultats des analyses : voir, p. ex., *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397, par. 64 et 78. L'exclusion de la possibilité de recourir à cette preuve pour soulever un doute raisonnable quant à l'exactitude des résultats met donc en jeu le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7. La Cour a conclu que, suivant un principe de justice fondamentale, une preuve soumise par la défense ne peut être écartée que si ses effets préjudiciables sur le déroulement du procès l'emportent sensiblement sur sa valeur probante : voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 609-12; *Gibson*, par. 64.

[129] En concluant que l'al. 258(1)d.01 ne viole pas ce principe, la juge Deschamps souligne que, bien que la preuve relative à la consommation puisse logiquement tendre à discréditer la validité des résultats des analyses, des témoignages d'experts et des rapports démontrent que sa fiabilité à cette fin est faible en comparaison de la fiabilité des alcootests. De plus, il ressort de témoignages présentés devant un comité sénatorial et d'une étude réalisée pour le compte de Transport Canada que l'utilisation sans restriction de la preuve relative à la consommation entraîne un nombre disproportionné d'acquittements par rapport à la possibilité concrète que les résultats des analyses soient inexacts. Ma collègue en déduit donc, et j'abonde dans le même sens qu'elle, que la preuve soumise à la Cour étaye la conclusion selon laquelle, en l'absence d'une preuve mettant directement en doute le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte d'un alcootest, les résultats obtenus sont fiables et la preuve relative à

also alternative and non-misleading means of challenging the accuracy of the readings. All of this being the case, the restrictions imposed by Parliament upon the use of consumption evidence do not run contrary to the *Seaboyer* principles.

[130] Underlying this reasoning is an important principle with which I agree. In formulating a statutory provision which excludes relevant evidence, Parliament is entitled to act on the basis of scientific and other evidence about the actual probative value of the evidence in question. It is not required to act simply on the basis of how a reasonable trier of fact might weigh the evidence in question, without the benefit of that scientific and other evidence. In my view, the same principle applies to the courts when they assess the constitutionality of the provision. They are entitled to take that evidence into account provided that it is properly before them and to uphold the provision if satisfied that it passes constitutional muster in light of that evidence.

[131] My colleague applies this principle in her s. 7 analysis. Although a reasonable trier of fact might not question the utility of challenging the accuracy of the device by means of *Carter* evidence, the Court is entitled to assess the constitutionality of the provision in light of the evidence about its unreliability and propensity to produce wrong results. As I will discuss shortly, my view is that the same principle ought to be applied when considering the s. 11(d) challenge.

[132] The basis of my colleague's s. 7 analysis is the determination that *Carter* evidence is not sufficiently probative and tends to mislead when adduced to challenge the accuracy of readings. I prefer to base my s. 7 determination somewhat more narrowly. In my view, it is enough to hold that the

la consommation présentée pour contester cette fiabilité est de nature à induire en erreur et susceptible de mener à de mauvaises décisions. Il existe également d'autres moyens, non susceptibles d'induire en erreur de contester l'exactitude des résultats. Pour toutes ces raisons, les limites imposées par le législateur à l'égard de l'utilisation de la preuve relative à la consommation ne vont pas à l'encontre des principes énoncés dans *Seaboyer*.

[130] Ce raisonnement repose sur un principe important auquel je souscris. Lorsqu'il formule une disposition législative excluant des éléments de preuve pertinents, le législateur a le droit de se fonder sur des données de nature scientifique et autre au sujet de la valeur probante réelle de la preuve en question. Il n'est pas tenu de s'appuyer simplement sur la façon dont un juge des faits raisonnable évaluerait la preuve en question, sans le bénéfice de ces autres données. Selon moi, le même principe s'applique aux tribunaux lorsqu'ils apprécient la constitutionnalité de la disposition en litige. Ils ont le droit de prendre ces données en compte — à condition qu'elles leur aient été régulièrement soumises — et de confirmer la validité de la disposition contestée si, à la lumière de ces données, ils sont convaincus que sa constitutionnalité résiste à l'examen.

[131] Ma collègue applique ce principe dans son analyse fondée sur l'art. 7. Bien qu'un juge des faits raisonnable puisse ne pas avoir de réserve quant à l'utilité de contester la précision de l'appareil au moyen d'une preuve de type *Carter*, la Cour a le droit d'évaluer la constitutionnalité de la disposition en tenant compte des données relatives au manque de fiabilité d'une telle preuve et de sa tendance à produire des résultats erronés. Comme je l'expliquerai plus loin, je suis d'avis que le même principe devrait être appliqué lors de l'examen de l'argument fondé sur l'al. 11d).

[132] L'analyse fondée sur l'art. 7 qu'a effectuée ma collègue repose sur la conclusion qu'une preuve de type *Carter* n'a pas un caractère suffisamment probant et tend à induire en erreur lorsqu'elle est produite pour contester l'exactitude des résultats d'analyses. Pour ma part, je préfère asseoir sur des

parties contesting the provision have not shown on the record before the Court that s. 258(1)(d.01) limits in any meaningful respect the right to make full answer and defence. In the face of the compelling evidence presented by the Crown about the generally misleading nature of *Carter* evidence in relation to the accuracy of the breathalyzer, those challenging the exclusion of this evidence had to advance some evidence suggesting that, despite its great potential to mislead, there remained some reason not to restrict the use of *Carter* type evidence. There is no such evidence in this record.

[133] A key submission was that there are undetectable errors with breathalyzer results. The argument points to hypothetical scenarios in which irrefutable consumption evidence is presented, such as a video of an accused not drinking throughout a night at a bar. Such irrefutable consumption evidence would conclusively prove that he or she could not have had a BAC over .08 at the time of taking a breathalyzer test. This, it is suggested, is an example of a situation in which, even though there was no discernible malfunction or improper operation of the device, an innocent person would be convicted by virtue of the provision barring consumption evidence to challenge the accuracy of the reading. I cannot accept this contention.

[134] Although hypotheticals can form the basis of a *Charter* challenge, they must be reasonable. In the context of the evidence presented to us regarding the general reliability of breathalyzers, I am unable to find that the hypotheticals submitted in support of the position that breathalyzers may generate undetectable errors are in any way persuasive. I do not exclude that a future challenge may be mounted with stronger evidence in this regard,

bases plus étroites ma conclusion relative à l'argument fondé sur l'art. 7. À mon avis, il suffit de conclure que les parties contestant la disposition n'ont pas démontré, à la lumière du dossier dont la Cour dispose, que l'al. 258(1)d.01) limite de quelque manière significative le droit de présenter une défense pleine et entière. Vu la preuve convaincante présentée par le ministère public à propos de la nature généralement trompeuse de la preuve de type *Carter* en ce qui a trait à l'exactitude de l'alcootest, ceux qui contestent l'exclusion de ce genre de preuve avaient l'obligation d'apporter certaines données tendant à indiquer que, malgré le risque considérable d'erreur susceptible de découler d'une preuve de type *Carter*, il existait encore des raisons de ne pas limiter l'utilisation d'une telle preuve. Le dossier ne renferme aucune donnée de ce genre en l'espèce.

[133] Suivant un des principaux arguments invoqués, l'utilisation des résultats d'analyses donnerait lieu à des erreurs non détectables. Cet argument fait état de scénarios hypothétiques dans lesquels la défense présenterait une preuve relative à la consommation irréfutable, par exemple une vidéo montrant l'accusé qui passe toute la soirée dans un bar sans consommer d'alcool. Cette preuve irréfutable de non-consommation établirait de façon concluante que le TA de l'accusé ne pouvait pas être supérieur à 0,08 au moment des analyses. Il s'agit, prétend-on, d'un exemple de situation où, malgré l'absence de mauvais fonctionnement ou d'utilisation incorrecte discernable de l'appareil, une personne innocente serait déclarée coupable en raison de la disposition interdisant l'utilisation de preuve relative à la consommation afin de contester l'exactitude des résultats. Je ne peux retenir cet argument.

[134] Bien que des situations hypothétiques puissent constituer le fondement d'une contestation fondée sur la *Charte*, de telles hypothèses doivent être raisonnables. Dans le contexte de la preuve qui nous a été présentée au sujet de la fiabilité générale des alcootests, je suis incapable de conclure que les situations hypothétiques qui ont été soumises à l'appui de la thèse selon laquelle les alcootests peuvent donner lieu à erreurs indétectables possèdent

but the evidence in this case does not reach that level.

[135] In sum, as in any constitutional challenge, an appropriate evidentiary foundation is required. I am of the view that this foundation is lacking in relation to s. 258(1)(d.01)'s alleged incompatibility with s. 7 of the *Charter*.

[136] I turn, therefore, to the other ground advanced in support of the s. 7 challenge — that the provision makes a defence “illusory”. I agree with my colleague Deschamps J.'s rejection of this submission. I would add only that I do not understand her reasons to be establishing any new principle in relation to the Crown's obligation to make disclosure to the defence.

2. Section 258(1)(c)

[137] As noted, s. 258(1)(c) restricts evidence in relation to the accuracy of the device to evidence that tends to show three things: (1) that the device malfunctioned or the analysis was performed improperly, (2) that the improper performance resulted in the determination that the accused's BAC exceeded .08, and (3) that the accused's BAC was in fact lower than .08 at the time of the offence.

[138] In my view, the first two of these elements do nothing more than to recognize the reality that breathalyzer readings, when obtained under the statutory requirements, should be taken as accurate absent some reason to think otherwise. In other words, absent some evidence to suggest that the analysis is not accurate, a reasonable doubt based simply on the general notion that technology may be fallible or that there is a hypothetical possibility not founded on the evidence that the device malfunctioned or was not operated properly would not be a rational conclusion. Thus, requiring the inference of accuracy to be drawn absent evidence to

quelque caractère convaincant que ce soit. Je n'écarte pas la possibilité qu'une future contestation puisse être basée sur des éléments de preuve plus convaincants à cet égard, mais la preuve présentée en l'espèce n'atteint pas ce seuil.

[135] Bref, tout argument d'inconstitutionnalité doit être étayé par une preuve suffisante. À mon avis, une telle preuve n'existe pas en l'espèce en ce qui concerne la prétendue incompatibilité de l'al. 258(1)d.01) avec l'art. 7 de la *Charte*.

[136] Par conséquent, je vais examiner l'autre motif invoqué à l'appui de la contestation fondée sur l'art. 7, à savoir que la disposition rend « illusoire » la présentation d'une défense. À l'instar de la juge Deschamps, je rejette cette prétention. J'ajouterais seulement que, selon moi, les motifs exposés par ma collègue n'ont pas pour effet d'établir quelque nouveau principe que ce soit relativement à l'obligation du ministère public de communiquer la preuve à la défense.

2. L'alinéa 258(1)(c)

[137] Comme je l'ai indiqué précédemment, l'al. 258(1)(c) limite la preuve qui peut être présentée relativement à la précision de l'appareil à une preuve tendant à démontrer trois choses : (1) que l'appareil fonctionnait mal ou que l'analyse a été effectuée incorrectement, (2) que le TA supérieur à 0,08 de l'accusé découle de ce mauvais fonctionnement ou de cette utilisation incorrecte et (3) que le TA de l'accusé était dans les faits inférieur à 0,08 au moment de l'infraction reprochée.

[138] Selon moi, les deux premiers éléments ne font rien de plus que reconnaître la réalité que, lorsqu'ils ont été obtenus conformément aux exigences prescrites par la loi, les résultats des analyses doivent être considérés comme étant exacts en l'absence de quelque raison de croire le contraire. En d'autres mots, en l'absence de preuve tendant à montrer que l'analyse n'est pas exacte, un doute raisonnable qui reposerait simplement sur l'idée générale que la technologie n'est pas infaillible ou qu'il existe une possibilité théorique — mais non étayée par la preuve — que l'appareil ait mal fonctionné ou ait été utilisé incorrectement ne serait

the contrary does not limit the right to make full answer and defence. As for the third component, which requires some evidence that the accused's BAC was in fact lower than .08 at the time of the offence, it does no more than set out in statutory form what this Court has consistently held is required *as a matter of logic and relevance* to rebut the presumption of accuracy.

[139] Since at least the time of this Court's decision in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, it has been clear that an accused wishing to rebut a presumption that the analysis was accurate when taken had to be able to point to evidence capable of raising a doubt that his or her blood alcohol content was below the legal limit at the time of testing. Pigeon J. for the Court noted that "[w]hat is necessary to furnish evidence to the contrary is some evidence which would tend to show an inaccuracy in the breathalyzer or in the manner of its operation . . . of such a degree and nature that it could affect the result of the analysis to the extent that it would leave a doubt as to the blood alcohol content of the accused person being over the allowable maximum": p. 1101 (emphasis added). This interpretation of what is required to rebut a presumption that the readings were accurate has never been questioned by this Court: see, e.g., *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, at paras. 34-42; *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499, at para. 16. This principle applies in my view to the presumption of accuracy now found in s. 258(1)(c). To the extent that the challenged provisions require some evidence that an accurate breathalyzer reading would have been below .08, the provisions simply reflect what is required to constitute logically probative "evidence to the contrary" in this setting.

C. Section 11(d) of the Charter

[140] The presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, is fundamental to our

pas une conclusion rationnelle. Par conséquent, le fait d'exiger que, en l'absence de preuve à l'effet contraire, le tribunal tire une inférence d'exactitude ne limite pas le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour ce qui est du troisième élément, lequel exige que l'accusé soulevé des éléments de preuve tendant à démontrer que son TA était dans les faits inférieur à 0,08 au moment de l'infraction, il ne fait qu'énoncer, sous forme de disposition législative, ce que la Cour a toujours jugé comme étant la preuve requise *sur le plan de la logique et de la pertinence* pour réfuter la présomption d'exactitude.

[139] Au moins depuis la décision de notre Cour dans *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, il est clair que l'accusé qui souhaite réfuter une présomption d'exactitude des résultats au moment des analyses doit être en mesure d'indiquer dans la preuve des éléments tendant à démontrer que son TA était inférieur à la limite légale au moment des analyses. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Pigeon a souligné que « [c]e qui est nécessaire pour constituer une preuve contraire est une preuve qui tend à démontrer une inexactitude de l'éthylomètre, ou de son fonctionnement [. . .] d'un degré et d'une nature tels qu'elle pourrait modifier le résultat des analyses au point de rendre douteux que la concentration d'alcool dans le sang du prévenu ait été supérieure au maximum permis » : p. 1101 (je souligne). Cette interprétation de la preuve requise pour réfuter la présomption d'exactitude des analyses n'a jamais été mise en doute par la Cour : voir, p. ex., *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, par. 34-42; *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499, par. 16. À mon avis, ce principe s'applique à la présomption d'exactitude que prévoit maintenant l'al. 258(1)(c). Dans la mesure où les dispositions contestées exigent une preuve tendant à démontrer qu'un résultat d'analyse exact aurait été inférieur à 0,08, ces dispositions reflètent simplement ce qui est nécessaire pour constituer une « preuve contraire » logiquement probante dans ce contexte.

C. L'alinéa 11d) de la Charte

[140] La présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte* est un aspect fondamental de

understanding of the criminal process. As Cory J. put it in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 27: “If the presumption of innocence is the golden thread of criminal justice then proof beyond a reasonable doubt is the silver and these two threads are forever intertwined in the fabric of criminal law.”

[141] From the time of this Court’s first pronouncements, the presumption of innocence has been understood as having three elements. First, the Crown bears the burden of proving the accused’s guilt; second, the standard of proof required is proof beyond a reasonable doubt; and third, the Crown has the obligation of making out a case to answer against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling evidence: see *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357. Laskin J. concisely summed up these requirements in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, at p. 317: “[T]he presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit . . . of any reasonable doubt.”

[142] I will set out my analysis of the s. 11(d) issue under four headings: (1) an evidence-based approach to the provisions; (2) what s. 11(d) requires; (3) the nature and effect of the provisions; and (4) do these provisions limit the right to be presumed innocent?

1. An Evidence-Based Approach to the Provisions

[143] Parliament, in formulating provisions about the burden of proof, is entitled to take into account scientific and other material about the true probative value of certain categories of evidence. The courts, in assessing the constitutionality of these provisions, are entitled to consider the same sort of material, provided of course that it is properly before the court. Thus, in considering the accuracy of breathalyzer tests administered in accordance with the statutory requirements, the courts are entitled to consider scientific and other material properly admitted in relation to that issue. This material may be taken into account in deciding whether a

notre conception du processus pénal. Comme a dit le juge Cory dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 27 : « Si la présomption d’innocence est le fil d’or de la justice pénale, alors la preuve hors de tout doute raisonnable en est le fil d’argent, et ces deux fils sont pour toujours entrelacés pour former la trame du droit pénal. »

[141] Depuis les premiers énoncés de la Cour à cet égard, la présomption d’innocence est considérée comme comportant trois éléments. Premièrement, il incombe au ministère public de prouver la culpabilité de l’accusé; deuxièmement, la norme de preuve applicable est la preuve hors de tout doute raisonnable; troisièmement, le ministère public doit présenter sa preuve contre l’accusé avant que celui-ci n’ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en présentant d’autres éléments de preuve : voir *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 357. Le juge Laskin a résumé succinctement ces exigences dans *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, p. 317 : « [L]a présomption d’innocence donne au prévenu l’avantage initial du droit au silence et l’avantage ultime [. . .] de tout doute raisonnable. »

[142] Mon analyse fondée sur l’al. 11d) sera divisée en quatre parties : (1) l’examen des dispositions à la lumière de la preuve; (2) les exigences prescrites par l’al. 11d); (3) la nature et l’effet des dispositions; (4) est-ce que ces dispositions limitent le droit à la présomption d’innocence?

1. L’examen des dispositions à la lumière de la preuve

[143] Lorsqu’il formule des dispositions sur le fardeau de la preuve, le législateur a le droit de prendre en compte des données de nature scientifique et autre au sujet de la valeur probante réelle de certaines catégories de preuve. À leur tour, les tribunaux appelés à évaluer la constitutionnalité de ces dispositions ont le droit de prendre en compte le même genre de données, à la condition, bien sûr, qu’elles leur aient été régulièrement soumises. Par conséquent, le tribunal qui s’interroge sur l’exactitude des analyses d’alcoolémie effectuées conformément aux exigences prescrites par la loi a le droit de considérer les données de nature scientifique et

provision violates the presumption of innocence. So, for example, in considering a challenge under s. 11(d) to s. 51 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, which makes an analyst's certificate setting out the results of an analysis proof of that fact absent evidence to the contrary, the courts would be entitled to consider the reliability and validity of analyses carried out under the statutory requirements.

[144] If the courts do not apply this approach, Parliament would be prevented from legislating that these sorts of sound factual inferences should be drawn in the absence of some reason not to do so. The result would be that the scientific basis for drawing these inferences would have to be adduced in evidence in every case.

2. What Section 11(d) Requires

[145] My colleague and I are in essential agreement about what s. 11(d) requires. A provision limits the right to be presumed innocent guaranteed by s. 11(d) if it either (a) relieves the Crown of having to present a case to meet before the accused is called on to answer or (b) creates the risk of conviction even if, without the provision, the trier of fact could have a reasonable doubt about the accused's guilt.

[146] As noted earlier, the requirements of s. 11(d) were set out in *Dubois*, at p. 357: "Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling other evidence."

[147] *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, is another seminal case on s. 11(d). Mr. Oakes challenged the constitutionality of then s. 8 of the *Narcotic*

autre qui ont été régulièrement admises relativement à cette question. Ces données peuvent être prises en compte pour décider si une disposition viole la présomption d'innocence. Par exemple si un accusé contestait, en vertu de l'al. 11d), l'art. 51 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, lequel précise que le certificat établi par l'analyste et faisant état des résultats d'une analyse fait foi de son contenu, sauf preuve du contraire, le tribunal aurait le droit de tenir compte de la fiabilité et de la validité des analyses effectuées suivant les exigences prescrites par la loi.

[144] Si les tribunaux n'appliquaient pas cette approche, il ne serait pas possible au Parlement d'édicter l'obligation pour les tribunaux de tirer de telles inférences factuelles rationnelles en l'absence de raisons de ne pas le faire. Il s'ensuivrait que la preuve des fondements scientifiques de ces inférences devrait être produite dans chaque instance.

2. Les exigences prescrites par l'al. 11d)

[145] Ma collègue et moi sommes essentiellement du même avis au sujet des exigences prescrites par l'al. 11d). Une disposition a pour effet de limiter le droit à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) dans les cas suivants : a) elle décharge le ministère public de son obligation de présenter une preuve complète contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre; b) elle crée un risque de déclaration de culpabilité même si, sans elle, le juge des faits pourrait avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

[146] Comme je l'ai souligné précédemment, les exigences prescrites par l'al. 11d) ont été énoncées dans *Dubois*, à la p. 357 : « L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins. »

[147] L'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, est un autre arrêt de principe au sujet de l'al. 11d). Monsieur Oakes contestait la constitutionnalité de

Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1 (repealed), which commanded that a trier of fact infer from an accused's guilt for possession of narcotics that such possession was for the purposes of trafficking in them, unless the accused established that it was not so. The Court held that s. 8 violated s. 11(d) of the *Charter* because it required that an accused disprove, on a balance of probabilities, the existence of a presumed fact which was an important element of the offence charged, making it possible for an accused to be convicted despite the existence of a reasonable doubt: at pp. 132 and 134.

[148] The intervenor Association québécoise des avocats et avocates de la défense (AQAAD) submits that the provisions limit the right to be presumed innocent in part because the proof of the readings generated by the device does not “lead inexorably” to their accuracy or their identity with the accused's BAC at the time of driving. In my view, the “leads inexorably” analysis is not useful in this case for reasons which I will explain.

[149] *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, is the origin of the “inexorably leads” test. The case concerned the constitutionality of then s. 213(d) *Cr. C.*, which provided that culpable homicide was murder whenever a person caused the death of another while committing certain crimes and using or bearing a weapon in so doing. Lamer J. began with a careful analysis of the challenged provision in the context of the other murder provisions of the *Code* in order to determine its “true nature and scope”: p. 644. He concluded that proof that the accused did one of the acts listed in s. 213(a) through (d) (i.e., facilitating the commission of an offence or flight, administering a stupefying or overpowering thing for that purpose, stopping the breath of a human being for that purpose, or using or having a weapon during the commission of, or flight from, an offence) “is substituted for proof of any subjective foresight or even objective foreseeability of the likelihood of death”: p. 646. He then held that for the purposes of the challenge to

l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1 (abrogée), qui obligeait le juge des faits à inférer de la culpabilité de l'accusé à l'égard de l'infraction de possession de stupéfiants qu'il s'agissait de possession aux fins de trafic, sauf si l'accusé démontrait que ce n'était pas le cas. La Cour a jugé que l'art. 8 violait l'al. 11d) de la *Charte*, parce qu'il obligeait l'accusé à réfuter, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un fait présumé qui constituait un élément important de l'infraction en question, de sorte qu'un accusé pouvait être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable : p. 132 et 134.

[148] Une des intervenantes, l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense (AQAAD), prétend que les dispositions en litige limitent le droit à la présomption d'innocence, en partie parce que la preuve des résultats générés par l'appareil n'entraîne pas la « conclusion inéluctable » que ces résultats sont exacts et identiques au TA de l'accusé au moment où il conduisait. Selon moi, l'analyse fondée sur la notion de « conclusion inéluctable » n'est pas utile en l'espèce, et ce, pour des raisons que j'expliquerai plus loin.

[149] L'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, constitue la source de l'analyse fondée sur la notion de la « conclusion inéluctable ». Cet arrêt portait sur la constitutionnalité de l'al. 213d) *C. cr.* alors en vigueur, lequel précisait que l'homicide coupable était un meurtre lorsqu'une personne causait la mort d'une autre personne pendant qu'elle commettait certains crimes et qu'elle employait ou avait sur elle une arme lors de la perpétration de ces crimes. Le juge Lamer a d'abord analysé soigneusement la disposition contestée dans le contexte des autres dispositions du *Code* relatives au meurtre afin d'en déterminer la « nature et la portée véritables » : p. 644. Il a conclu que la preuve que l'accusé a commis l'un des actes énumérés aux al. 213a) à d) (c.-à-d., faciliter la perpétration d'une infraction, faciliter la fuite, administrer un stupéfiant ou un soporifique à cette fin, arrêter la respiration d'un être humain à cette fin ou employer une arme ou l'avoir sur sa personne pendant la perpétration de l'infraction ou au moment de sa fuite

s. 213(d), s. 7 of the *Charter* requires that in order to be convicted of murder, the accused be proved to have at least objective foresight of death. In other words, for the purposes of the analysis of that provision, the *Charter* was taken to require as an essential element of the offence of murder at least objective foresight of death: p. 654.

[150] Having established that this was an essential element of the offence, Lamer J. moved on to consider s. 11(d), noting that it requires that the Crown establish all of the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt including those required by s. 7 of the *Charter*. He concluded, at p. 655, that “[a]ny provision creating an offence which allows for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringes ss. 7 and 11(d)”. As he put it, at p. 655, “[i]t is clear . . . that what offends the presumption of innocence is the fact that an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence, and I do not think that it matters whether this results from the existence of a reverse onus provision or from the elimination of the need to prove an essential element.” *Vaillancourt* did not change in any way the ultimate test for compliance with s. 11(d) of the *Charter*. In assessing s. 213(d)’s compliance with the presumption of innocence, the Court remained of the view that

the acid test of the constitutionality of s. 213 is this ultimate question: Would it be possible for a conviction for murder to occur under s. 213 despite the jury having a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue? [Emphasis in original; at p. 657.]

après la perpétration de l’infraction) « [était] substituée à la preuve de la prévision subjective ou même de la prévisibilité objective que la mort pourrait être causée » : p. 646. Il a ensuite jugé que, pour les besoins de la contestation de l’al. 213d), l’art. 7 de la *Charte* exigeait que, pour que l’accusé puisse être déclaré coupable de meurtre, la poursuite prouve au moins une prévisibilité objective que la mort pourrait être causée. En d’autres mots, dans le cadre de l’analyse de cette disposition, il a été considéré que la *Charte* exigeait la preuve, comme élément essentiel de l’infraction de meurtre, d’au moins une prévisibilité objective que la mort pourrait s’ensuivre : p. 654.

[150] Après avoir établi qu’il s’agissait d’un élément essentiel de l’infraction, le juge Lamer a ensuite examiné l’al. 11d) et souligné que celui-ci obligeait le ministère public à prouver, hors de tout doute raisonnable, tous les éléments essentiels de l’infraction, y compris ceux requis par l’art. 7 de la *Charte*. Il a conclu, à la p. 655, que « [t]oute disposition créant une infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l’art. 7 et à l’al. 11d) ». Comme il l’a expliqué, à la même page : « [i]l ressort clairement [. . .] que ce qui contrevient à la présomption d’innocence, c’est le fait qu’un accusé peut être déclaré coupable malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l’infraction, et je ne crois pas qu’il importe que cela résulte de l’existence d’une disposition portant inversion de la charge de la preuve ou de l’élimination de la nécessité de faire la preuve d’un élément essentiel ». L’arrêt *Vaillancourt* n’a d’aucune façon modifié la question ultime qui doit être tranchée pour vérifier le respect de l’al. 11d) de la *Charte*. Lorsqu’elle s’est demandé si l’al. 213d) était conforme à la présomption d’innocence, la Cour a réitéré l’opinion suivante :

L’épreuve décisive de la constitutionnalité de l’art. 213 réside dans cette question ultime : Une déclaration de culpabilité de meurtre aux termes de l’art. 213 pourrait-elle être prononcée même si le jury avait un doute raisonnable pour ce qui est de déterminer si l’accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s’ensuivre? [Souligné dans l’original; p. 657.]

[151] From this, I conclude the following. First, before moving to the s. 11(d) analysis, it is important to fully understand the provision's "true nature and scope", assessed in its statutory context. Second, the risk of conviction in the presence of a reasonable doubt remains the "acid test" of s. 11(d). This point is reinforced by the Court's decision in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, where the Court stated that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant and that the "real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence": p. 18. It is also the basis upon which the Court held, in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, that placing an evidentiary burden on an accused to point to evidence raising a reasonable doubt about guilt did not, in itself, limit the right to be presumed innocent. In order to have that effect, the evidentiary burden had to require conviction even in the presence of a reasonable doubt: pp. 485-86. Third, the "inexorably leads" test was used in *Vaillancourt* to assess whether legislative substitution of an element for a *constitutionally required element* of the offence ran afoul of s. 11(d). It was used as a way of testing, in those circumstances, whether there was any risk of the accused being convicted of the offence in the presence of a reasonable doubt about the essential element. It is in these sorts of cases that the "inexorably leads" analysis is most useful.

[152] Only if there is a rational basis to have a doubt about the accused's guilt once the elements of a presumption are established is the presumption of innocence implicated. As stated in *Lifchus*, "a reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense which must be logically based upon the evidence or lack of evidence" (para. 30); it does

[151] Je tire les conclusions suivantes de ce qui précède. Premièrement, avant de procéder à l'analyse fondée sur l'al. 11d), il est important de bien dégager « la nature et la portée véritables » de la disposition contestée, au regard du contexte législatif de celle-ci. Deuxièmement, le risque de déclaration de culpabilité malgré la présence d'un doute raisonnable demeure l'« épreuve décisive » pour juger du respect de l'al. 11d). Ce point de vue est renforcé par l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, de notre Cour, où celle-ci a déclaré que la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente et que la « préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence » : p. 18. Il s'agit également du fondement sur lequel la Cour s'est appuyée pour conclure, dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, que le fait d'imposer à l'accusé le fardeau d'indiquer dans la preuve des éléments faisant naître un doute raisonnable à l'égard de sa culpabilité ne limitait pas, en soi, le droit à la présomption d'innocence. Pour produire un tel effet, il aurait fallu que le fardeau de preuve exige une déclaration de culpabilité même en présence d'un doute raisonnable : p. 485-86. Troisièmement, l'analyse fondée sur la notion de « conclusion inéluctable » a été utilisée dans *Vaillancourt* pour vérifier si le fait d'avoir substitué dans la loi un élément de l'infraction à un *élément requis par la Constitution* contrevenait à l'al. 11d). Cette analyse a été utilisée afin de vérifier si, dans ces circonstances, l'accusé risquait d'être déclaré coupable de l'infraction en présence d'un doute raisonnable quant à l'élément essentiel. C'est dans ce genre de cas que le recours à l'analyse fondée sur la notion de « conclusion inéluctable » est le plus utile.

[152] Ce n'est que s'il existe un fondement rationnel permettant de douter de la culpabilité de l'accusé après que les éléments de la présomption ont été établis que la présomption d'innocence entre en jeu. Comme il a été dit dans *Lifchus*, « un doute raisonnable est un doute fondé sur la raison et le bon sens, et qui doit reposer logiquement sur la preuve

not involve proof to an absolute certainty or proof beyond any doubt; a reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt: paras. 31 and 36. This is the standard that must be applied when considering whether a presumption risks requiring conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt. What is required is not proof to a certainty, but proof beyond any reasonable doubt that could according to logic and common sense arise from the evidence or an absence of evidence.

[153] I turn then to explain what in my view is the nature and effect of the provisions in this case and why they do not limit the right to be presumed innocent and therefore do not require justification under s. 1 of the *Charter*.

3. The Nature and Effect of the Provisions

[154] I take a different view of s. 258(1)(c) than does my colleague Deschamps J. This difference arises from my interpretation of the three matters under s. 258(1)(c) in respect of which the accused must point to some evidence raising a reasonable doubt; that is, first, that the device malfunctioned or was operated improperly; second, that the improper performance resulted in an over .08 reading; and third, that the accused's BAC at the time of driving was under .08.

[155] The first condition requires that an accused raise a doubt as to whether "the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly". This, to me, does not require that an accused limit his or her evidence to the precise accuracy of the results. It requires him or her to address the breathalyzer's functioning or the way it was operated. This means that the first condition could be met even if a breathalyzer had a malfunction which caused it to *underestimate* an individual's BAC, or if a qualified technician failed to follow standard

ou l'absence de preuve » (par. 30); il n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue ou une preuve au-delà de n'importe quel doute; un doute raisonnable n'est pas un doute imaginaire ou frivole : par. 31 et 36. Voilà la norme qui doit être appliquée pour décider si une présomption risque d'exiger le prononcé d'une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable à l'égard de la culpabilité. Ce qui est requis, ce n'est pas une preuve correspondant à la certitude, mais une preuve hors de tout doute raisonnable qui pourrait, selon la logique et le bon sens, découler de la preuve ou de l'absence de preuve.

[153] Je vais maintenant expliquer quels sont, à mon avis, la nature et l'effet des dispositions litigieuses et pourquoi celles-ci ne limitent pas le droit à la présomption d'innocence et n'ont donc pas à être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

3. La nature et l'effet des dispositions

[154] Je ne partage pas l'opinion de ma collègue la juge Deschamps au sujet de l'al. 258(1)(c). Cette divergence d'opinions découle de mon interprétation des trois éléments qui sont énoncés à l'al. 258(1)(c) et à l'égard desquels l'accusé doit soulever un doute raisonnable en indiquant dans la preuve certains éléments tendant à démontrer, premièrement, que l'appareil fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement, deuxièmement, que le TA supérieur à 0,08 découle de ce mauvais fonctionnement ou de cette utilisation incorrecte et, troisièmement, que le TA de l'accusé au moment où il conduisait était inférieur à 0,08.

[155] La première condition exige qu'un accusé soulève un doute quant à la question de savoir si « l'alcootest approuvé fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement ». Pour ce faire, il n'est pas selon moi nécessaire que l'accusé limite sa preuve à la question précise de l'exactitude des résultats. Il lui faut se pencher sur le fonctionnement de l'alcootest ou sur la façon dont il a été utilisé. Cela signifie que cette première condition pourrait être respectée même si le mauvais fonctionnement d'un alcootest l'a amené à *sous-estimer* le TA d'une

procedure in operating a breathalyzer, but that his shortcomings nonetheless had no effect on the integrity of the results. Indeed, on plain reading, the first condition is not concerned with the consequences of a breathalyzer malfunction or improper operation; it is only concerned with the fact that it happened.

[156] The consequences on the other hand are scrutinized when examining whether the second condition to rebutting the presumptions is met (raising a doubt that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the accused's BAC was over .08). It requires that an accused raise a doubt that there is a link between the malfunction or improper operation, whatever it is, and the over .08 result. What this requires, in my view, is evidence that, but for the malfunction or improper operation, it is reasonably possible that the breathalyzer would not have produced an over .08 result. This *avoids* making the Crown lose the benefit of the presumptions simply because, for example, a malfunction caused a breathalyzer to *underestimate* an individual's BAC or because of an immaterial operation error. It also *ensures* that only those results whose reliability is put in doubt *to the point of making it unsafe to rely upon them to convict an accused* will be given any credence. In short, this simply requires that the malfunction or improper operation be material to the question of whether the accused's BAC was over the legal limit.

[157] When the first and second conditions are interpreted as I suggest, the third condition (raising a doubt that the accused's BAC was not over .08 at the time of driving) loses much of its significance. Once an accused successfully raises a doubt that a breathalyzer malfunction or its improper operation

personne, ou encore si un technicien qualifié n'a pas suivi la procédure habituelle en manipulant l'alcootest mais que ces lacunes n'ont eu toutefois aucun effet sur l'intégrité des résultats. D'ailleurs, on peut constater, à la simple lecture du texte, que la première condition ne s'attache pas aux conséquences du mauvais fonctionnement d'un alcootest ou de son utilisation incorrecte, mais uniquement au fait qu'une telle situation se soit produite.

[156] Par contre, les conséquences sont soigneusement examinées par le tribunal lorsqu'il se demande si l'accusé a satisfait à la deuxième exigence requise pour réfuter les présomptions (soulever un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer que l'indication d'un TA supérieur à 0,08 découle du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'appareil). À cette fin, l'accusé doit faire naître un doute suggérant l'existence d'un lien entre le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil — quoi que cela puisse être — et le résultat supérieur à 0,08. Cela requiert, à mon avis, une preuve tendant à démontrer que, n'eût été le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest, il est raisonnablement possible que l'appareil n'aurait pas indiqué un résultat supérieur à 0,08. Une telle interprétation permet d'*éviter* que le ministère public ne perde l'avantage des présomptions du seul fait, par exemple, que le mauvais fonctionnement d'un alcootest aurait amené l'appareil à *sous-estimer* le TA d'une personne ou qu'une erreur sans importance a été commise lors de la manipulation de l'alcootest. Elle *garantit* également que seuls seront considérés les résultats dont la fiabilité aura été mise en doute à un point tel qu'*il serait imprudent de s'appuyer sur ceux-ci pour conclure à la culpabilité de l'accusé*. Bref, cela signifie simplement que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte invoqué doit être significatif relativement à la question de savoir si le TA de l'accusé dépassait la limite légale.

[157] Lorsque la première et la deuxième condition sont interprétées comme je le propose, la troisième exigence (soulever un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer que le TA de l'accusé n'était pas supérieur à 0,08 au moment où il conduisait) perd une grande partie

caused it to generate an over .08 result, a trier of fact has logically no choice but to have a doubt that the accused's BAC at the time of testing was below .08 as well. And if that is the case, then a trier of fact equally has, in my view, no other choice but to conclude that there is a doubt that the accused's BAC was over .08 at the time of driving, as he would have no reliable evidence upon which one could extrapolate the accused's BAC at the time of driving. In that sense, it may be said that the second and third conditions are intimately tied to one another, such that the satisfaction of the latter will almost inevitably flow naturally from the satisfaction of the former.

[158] I return to the nature of the presumptions in s. 258(1)(c). Taken at face value, the section deems the results of the analysis to be accurate (the presumption of accuracy) and identical to the BAC at the time of driving (the first presumption of identity). The true nature and effect of these provisions, however, are not what they appear to be at first glance.

[159] The presumption of accuracy in s. 258(1)(c), on its own, has no effect on proof of the offence. It has that effect only when coupled with the presumption of identity. This is so, of course, because the offence is having a BAC of more than .08 at the time of driving, not having a BAC at that level at the time of testing. In relation to the proof of the offence, the effect of the provision is thus twofold: a reading of over .08 is deemed to be accurate and, secondly, a person with such a BAC at the time of testing is deemed to have a BAC of over .08 at the time of driving. While the provision specifies that the reading is to be taken as exactly accurate and to correspond exactly to the BAC at time of driving, this is not its effect, having regard to the definition of the offence.

de son importance. Dès qu'un accusé réussit à faire naître un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer que le mauvais fonctionnement de l'alcootest ou son utilisation incorrecte a causé un résultat supérieur à 0,08, le juge des faits ne peut logiquement qu'éprouver un doute et penser que le TA de l'accusé était également inférieur à 0,08 au moment des analyses. Et, si c'est le cas, le juge des faits n'a alors selon moi pas d'autre choix que de mettre en doute la validité du résultat indiquant que le TA de l'accusé était supérieur à 0,08 au moment où il conduisait, car il ne disposerait d'aucune preuve fiable permettant d'extrapoler le TA de l'accusé à ce moment. En ce sens, il est possible d'affirmer que les deuxième et troisième exigences sont intimement liées et que, en conséquence, la troisième sera inévitablement respectée dans pratiquement tous les cas où l'accusé aura satisfait à la deuxième.

[158] Je reviens à la question de la nature des présomptions énoncées à l'al. 258(1)c). De prime abord, aux termes de cette disposition, les résultats de l'analyse sont réputés être exacts (la présomption d'exactitude) et identiques à ceux du TA au moment où l'accusé conduisait (la première présomption d'identité). Toutefois, la nature et l'effet véritables de ces dispositions ne sont pas ce qu'ils semblent être à première vue.

[159] La présomption d'exactitude énoncée à l'al. 258(1)c) n'a à elle seule aucun effet relativement à la preuve de l'infraction. Elle ne produit des effets à cet égard que lorsqu'elle est conjuguée à la présomption d'identité. Il en est ainsi, évidemment, parce que l'élément pertinent de l'infraction consiste à présenter un TA supérieur à 0,08 au moment de la conduite, non pas au moment des analyses. En ce qui a trait à la preuve de l'infraction, l'effet de la disposition est double : premièrement, un résultat supérieur à 0,08 est réputé être exact et, deuxièmement, une personne présentant un tel TA au moment des analyses est réputée avoir eu un TA supérieur à 0,08 au moment où elle conduisait. Bien que la disposition précise que le résultat doit être considéré comme étant tout à fait exact et comme correspondant exactement au TA au moment de la conduite du véhicule, il ne s'agit pas là de son effet, eu égard à la définition de l'infraction.

[160] To rebut the accuracy of the initial result, the accused must raise a doubt about the three matters I mentioned earlier: that the device malfunctioned or the analysis was performed improperly, that this resulted in the determination that the person's BAC was over .08 and that the BAC was in fact below .08. The effect of this is that a reading of over .08 is deemed accurate unless the accused can point to evidence that raises a doubt that there was a problem with the testing or analysis resulting in the over .08 reading.

[161] (I pause here to note that we need not consider further the limitation in s. 258(1)(d.1) and 258(1)(d.01) on the use of *Carter* evidence to rebut this presumption. In my analysis of the s. 7 challenge, I have concluded that such evidence is so unreliable in comparison to the reliability of the breathalyzer that it may properly be excluded in relation to that issue. That conclusion, in my view, also resolves any challenge to the exclusion of *Carter* evidence in relation to the presumption of innocence. As I see it, one cannot conclude, on the one hand, that *Carter* evidence is so unreliable and prejudicial to accurate fact finding that the defence may be prevented from presenting it, but then conclude, on the other hand, that excluding it offends the presumption of innocence because such evidence could support a reasonable doubt about the accuracy of the results. If presenting the evidence is not a valid way of challenging the accuracy of the readings for the purposes of s. 7, excluding the evidence in an effort to raise a reasonable doubt cannot offend s. 11(d). The s. 11(d) analysis, like the s. 7 analysis, must be based on the true probative value of the excluded evidence.)

[162] The situation is more complicated in relation to the nature of the first presumption of identity — that is, that the readings at the time of testing reflect the BAC at the time of driving. Once again, while that is the form of the provision, we must bear in mind that the offence is not having a particular BAC, but having a BAC over .08. We

[160] Pour réfuter la présomption d'exactitude du résultat initial, l'accusé doit susciter un doute à l'égard des trois aspects dont j'ai fait état plus tôt : l'appareil fonctionnait mal ou l'analyse a été effectuée incorrectement, cela a entraîné une lecture du TA supérieure à 0,08 et le TA de l'accusé était dans les faits inférieur à 0,08. En conséquence, un résultat supérieur à 0,08 est réputé exact, sauf si l'accusé peut soulever un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer qu'un problème de fonctionnement ou d'utilisation a causé un résultat supérieur à 0,08.

[161] (Je m'arrête ici pour souligner que nous n'avons pas besoin d'examiner davantage la limite énoncée à l'al. 258(1)d.1) et à l'al. 258(1)d.01) quant à l'utilisation d'une preuve de type *Carter* pour réfuter cette présomption. Dans mon analyse de l'argument fondé sur l'art. 7, j'ai conclu qu'une telle preuve est si peu fiable comparativement à la fiabilité de l'alcootest qu'elle peut à bon droit être exclue relativement à cette question. J'estime que cette conclusion réfute également toute contestation en vertu de la présomption d'innocence, de l'exclusion de la preuve de type *Carter*. À mon avis, on ne saurait d'une part conclure qu'une telle preuve est si peu fiable et si peu favorable à la constatation exacte des faits qu'il y a lieu pour cette raison d'empêcher la défense de la présenter, mais d'autre part conclure ensuite que l'exclusion de cette preuve porte atteinte à la présomption d'innocence parce qu'elle pourrait permettre de susciter un doute raisonnable quant à l'exactitude des résultats. Si la présentation d'une telle preuve n'est pas une bonne façon de contester l'exactitude des résultats pour les besoins de l'art. 7, l'exclusion de cette même preuve en vue de soulever un doute raisonnable ne peut pas aller à l'encontre de l'al. 11d). Tout comme l'analyse fondée sur l'art. 7, l'analyse fondée sur l'al. 11d) doit reposer sur la valeur probante réelle de la preuve exclue.)

[162] La situation est plus compliquée en ce qui concerne la nature de la première présomption d'identité — c'est-à-dire celle précisant que les résultats obtenus au moment des analyses correspondent au TA au moment de la conduite du véhicule. Je le répète, bien que la disposition soit exprimée sous cette forme, il faut garder à l'esprit que l'infraction

must also bear in mind that it is generally known that BAC constantly changes as alcohol is absorbed and eliminated. Parliament should not be taken to have legislated so as to require that the opposite of this incontestable fact be presumed. It is in my view more realistic to describe the effect of the provision as presuming that a person who has a BAC of over .08 at the time of testing *would not have a lower BAC at the time of driving*. This description of the provision's effect is reinforced by the second presumption of identity found in s. 258(1)(d.1) as I will discuss shortly.

[163] An accused can avoid the operation of the first presumption of identity in two ways. First, he or she can raise a doubt about the accuracy of the initial result, as described above. Obviously if there is a doubt about the accuracy of the initial result, neither the presumption of accuracy nor the first presumption of identity can operate. Secondly, the accused can attempt to rebut the second presumption of identity by presenting *Carter* evidence, provided that it is consistent with both the accuracy of the initial result and with a BAC at the time of driving under .08. As I explained earlier, this permits evidence of bolus or intervening drinking. If the second presumption of identity does not operate, neither does the first.

[164] To sum up, the true nature and effect of the provisions is this. If the result of the analysis shows a BAC over .08, the BAC of the accused is presumed to be over .08 in the absence of evidence raising a doubt that, but for malfunction or improper operation, the result should in fact have been under .08. If there is no doubt about the accuracy of the initial result, it is presumed that the accused's BAC at the time of driving was not lower than the BAC at the time of testing, absent evidence that is both consistent with the test result and a BAC below .08 at the time of driving.

ne consiste pas à présenter un TA précis, mais à présenter un TA supérieur à 0,08. Il faut également garder à l'esprit qu'il est notoire que le TA change constamment, au fur et à mesure que l'alcool est absorbé et éliminé par l'organisme. Il ne faut pas considérer que le législateur entendait édicter une présomption énonçant le contraire de ce fait incontestable. Il est selon moi plus réaliste de dire que l'effet de la disposition consiste à présumer qu'une personne dont le TA est supérieur à 0,08 au moment des analyses *n'avait pas un TA moins élevé au moment où elle conduisait*. Cette description de l'effet de la disposition est renforcée par la deuxième présomption d'identité énoncée à l'al. 258(1)d.1), comme je vais le préciser un peu plus loin.

[163] Un accusé peut éviter de deux façons l'application de la première présomption d'identité. Premièrement, comme je l'ai mentionné plus tôt, il peut soulever un doute au sujet de l'exactitude du résultat initial. Il est évident que, en présence d'un tel doute, ni la présomption d'exactitude ni la première présomption d'identité ne peuvent s'appliquer. Deuxièmement, l'accusé peut tenter de réfuter la deuxième présomption d'identité en présentant une preuve de type *Carter*, à la condition qu'elle soit compatible à la fois avec l'exactitude du résultat initial et avec un TA inférieur à 0,08 au moment où il conduisait. Comme je l'ai expliqué précédemment, cela donne ouverture à la présentation d'une preuve du dernier verre ou du verre d'après. Si la deuxième présomption d'identité ne s'applique pas, la première ne s'applique pas non plus.

[164] En résumé, voici quels sont la nature et l'effet véritables des dispositions pertinentes. Si le résultat de l'analyse indique un TA supérieur à 0,08, le TA de l'accusé est réputé être supérieur à 0,08 en l'absence de preuve tendant à démontrer que, n'eût été le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest, le résultat aurait dans les faits été inférieur à 0,08. S'il n'existe aucun doute au sujet de l'exactitude du résultat initial, on présume que le TA de l'accusé au moment où il conduisait n'était pas inférieur à son TA au moment des analyses, en l'absence d'une preuve qui soit compatible à la fois avec le résultat de l'alcootest et avec un TA inférieur à 0,08 au moment de la conduite du véhicule.

[165] Understood in this way, the provisions are simply rules about the burden of proof. They are not presumptions with basic facts in the traditional sense. The presumption of accuracy does not depend simply on the “deduction that may logically and reasonably be drawn” from the test result with regard to the actual BAC of the accused at the time of driving. The presumption rather reflects the demonstrated accuracy of the breathalyzer analysis conducted under the statutory conditions. Similarly, the first presumption of identity does not depend on logical deduction that the BAC at the time of driving is identical to that at the time of testing. There of course could be no such logical deduction because it is generally known that this cannot be the case. Rather, the presumption depends on the demonstrated fact that the accused’s BAC does not go up between the time of driving and the time of testing, absent the unusual situations of bolus or intervening drinking. My view, therefore, is that these presumptions cannot be analyzed for constitutional purposes as if they were mere factual presumptions that depend only on the force of the logical deduction from the proved facts that the presumed fact exists.

4. Do These Provisions Limit the Right to Be Presumed Innocent?

[166] In light of the true nature and effect of the provisions, my view is that the questions in relation to whether these provisions limit the right to be presumed innocent are these:

1. If the results of an analysis which complied with the statutory requirements show that an accused’s BAC at the time of testing was over .08, would it be reasonable for a trier of fact to have a doubt that the accused’s BAC was in fact over .08 at that time, in the absence of evidence raising a doubt about whether improper operation or malfunctioning of the device produced a result above point .08?
2. If an accused’s BAC was shown to be above .08 at the time of analysis, would it be reasonable

[165] Considérées ainsi, les dispositions constituent simplement des règles relatives au fardeau de la preuve. Elles ne constituent pas des présomptions basées sur des faits bien établis au sens traditionnel de ce terme. La présomption d’exactitude ne dépend pas simplement de la « déduction qui peut logiquement et raisonnablement être tirée » du résultat des analyses quant au véritable TA de l’accusé au moment où il conduisait. Elle reflète plutôt l’exactitude démontrée des analyses d’échantillons d’haleine effectuées conformément aux exigences prescrites par la loi. De même, la première présomption d’identité ne repose pas sur une déduction logique voulant que le TA au moment où l’accusé conduisait soit identique au TA au moment des analyses. Il va de soi qu’une telle déduction ne peut logiquement être tirée, car il est notoire que ce ne peut être le cas. Cette présomption repose plutôt sur le fait établi que le TA de l’accusé n’augmente pas entre le moment où l’accusé conduisait et celui où il se soumet au test, sous réserve des situations particulières du dernier verre ou du verre d’après. Par conséquent, je suis d’avis que ces présomptions ne peuvent pas être analysées sur le plan constitutionnel comme si elles constituaient de simples présomptions factuelles reposant uniquement sur une déduction logique, tirée à partir des faits prouvés, que le fait présumé existe.

4. Est-ce que les dispositions limitent le droit à la présomption d’innocence?

[166] Compte tenu de la nature et de l’effet véritables des dispositions en cause, voici selon moi les questions qu’il faut trancher pour décider si elles limitent le droit à la présomption d’innocence :

1. Si les résultats d’une analyse effectuée conformément aux exigences prescrites par la loi indiquent que le TA d’un accusé à ce moment dépassait 0,08, serait-il raisonnable de la part du juge des faits de mettre en doute ce résultat, en l’absence de preuve tendant à démontrer qu’il découle de l’utilisation incorrecte ou du mauvais fonctionnement de l’appareil?
2. S’il a été déterminé au moment de l’analyse que le TA de l’accusé était supérieur à 0,08,

for a trier of fact to have a doubt that the accused's BAC was in fact over .08 at the time of driving in the absence of evidence to the contrary?

[167] In my view, the answer to both of these questions is “no”.

[168] I turn first to the presumption of accuracy. The first two matters set out as necessary to raise a reasonable doubt are that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly and that this resulted in the determination that the accused's BAC exceeded the legal limit. There is strong support for the view that a breathalyzer test conducted according to the statutory requirements will yield a reliable and accurate result. Of course, this is not to say that the devices are infallible; but that is not what the presumption assumes. It seems to me that, given the evidence about the accuracy of the results, it would be unreasonable to have a doubt on this subject unless there is some basis in the evidence or the absence of evidence to ground a doubt about the proper functioning or operation of the device. In other words, absent some basis to suggest that something may have gone wrong with the breathalyzer or during the testing process, it would be unreasonable for a trier of fact not to consider the breathalyzer results to be reliable. In requiring some evidence tending to show improper functioning or operation, s. 258(1)(c) simply enacts common sense in light of accepted scientific fact.

[169] In my view, Parliament is entitled to legislate this rather than require the evidence to be called in every “blowing over” prosecution. There is no risk of conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt.

[170] The third aspect of s. 258(1)(c) requires some evidence tending to raise a doubt that the

serait-il raisonnable de la part du juge des faits, en l'absence de preuve à l'effet contraire, de douter que le TA de l'accusé était dans les faits supérieur à 0,08 au moment où il conduisait le véhicule?

[167] À mon avis, la réponse à ces deux questions est « non ».

[168] Je vais d'abord examiner la présomption d'exactitude. Les deux premiers éléments indiqués comme étant essentiels pour susciter un doute raisonnable sont que l'instrument approuvé ait mal fonctionné ou ait été utilisé incorrectement et que, en raison de ce problème, il ait été déterminé que le TA de l'accusé dépassait la limite légale. L'opinion selon laquelle une analyse d'échantillons d'haleine effectuée conformément aux exigences prescrites par la loi produira un résultat fiable et exact est largement reconnue. Bien sûr, cela ne veut pas dire que les appareils utilisés à cette fin sont infallibles; mais ce n'est pas ce que la présomption postule. Il me semble que, compte tenu des données relatives à l'exactitude des résultats, il serait déraisonnable d'avoir un doute à ce sujet, sauf si la preuve ou l'absence de preuve justifie de douter du bon fonctionnement ou de l'utilisation correcte de l'appareil. En d'autres mots, en l'absence de motifs tendant à indiquer que l'alcootest a mal fonctionné ou que des problèmes sont survenus lors de son utilisation, il serait déraisonnable de la part du juge des faits de mettre en doute la fiabilité du résultat des analyses. En requérant des éléments de preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest, l'al. 258(1)c) ne fait qu'exprimer une exigence que dicte par ailleurs le bon sens, à la lumière des faits scientifiques acceptés.

[169] À mon avis, le législateur a le droit d'édicter une telle présomption plutôt que d'exiger la production d'une preuve dans chaque poursuite fondée sur un TA supérieur à la limite. L'accusé ne risque pas d'être déclaré coupable s'il existe un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité.

[170] La troisième exigence prévue par l'al. 258(1)c) requiert des éléments de preuve tendant à

accused's BAC in fact did not exceed .08 at the time of the offence. I note to begin that as I have discussed earlier, if there is doubt about the first two matters, it is hard to conceive of why there would not also be a doubt about this third aspect. In any event, this Court has decided that in order to constitute evidence to the contrary as a matter of logic and relevance, that evidence must tend to raise a doubt that the BAC in fact did not exceed .08 at the time of testing: *Crosthwait*. It follows that this third aspect of the provision simply translates that requirement for materiality into the consideration of whether the device functioned or was operated improperly. The provision does not create any risk of conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt. The provision simply requires that in order for there to be a reasonable doubt about whether the BAC reading was over .08, there must be some basis in the evidence to think that the device either malfunctioned or was improperly operated in a material respect.

[171] I therefore conclude that the presumption of accuracy in s. 258(1)(c) does not create a risk of conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt. It therefore does not limit the right to be presumed innocent and there is no need to consider whether any limitation is justified under s. 1.

[172] I turn then to the presumptions of identity in ss. 258(1)(c) and 258(1)(d.1). In my view, there is overwhelming evidence that a breathalyzer test administered in accordance with the statutory requirements and which reveals an over .08 result is a reliable indication that the accused had a BAC which was equal to or higher than that at the time of driving: A.R., vol. 21, at pp. 100-102.

[173] As the report of Jacques Tremblay, filed in this case, stipulates, an individual's BAC rises steadily as one consumes alcohol ([TRANSLATION]

soulever un doute dans l'esprit du juge des faits et à l'amener à penser que le TA de l'accusé ne dépassait pas dans les faits 0,08 au moment de l'infraction. Je tiens d'abord à souligner que, comme je l'ai indiqué plus tôt, si un doute a été soulevé à l'égard des deux premiers éléments, il est difficile d'imaginer pourquoi il n'en n'existerait pas également un à l'égard du troisième élément. Quoi qu'il en soit, la Cour a décidé que, sur le plan de la logique et de la pertinence, constitue une preuve contraire une preuve qui tend à soulever un doute et amène le tribunal à penser que le TA ne dépassait pas dans les faits 0,08 au moment des analyses : *Crosthwait*. Il s'ensuit que ce troisième aspect de la disposition importe simplement cette exigence de pertinence dans l'examen de la question de savoir si l'appareil fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement. La disposition ne crée aucun risque que l'accusé soit déclaré coupable en présence d'un doute raisonnable au sujet de la culpabilité. Elle exige tout simplement que, pour que le tribunal puisse conclure à l'existence d'un doute raisonnable quant au TA supérieur à 0,08, l'accusé doit indiquer dans la preuve des éléments justifiant de penser que, d'une manière significative, l'appareil a mal fonctionné ou a été utilisé incorrectement.

[171] Par conséquent, je conclus que la présomption d'exactitude énoncée à l'al. 258(1)c) ne risque pas d'entraîner une déclaration de culpabilité s'il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité. Elle ne limite donc pas le droit à la présomption d'innocence et, de ce fait, il n'est pas nécessaire de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier.

[172] Je vais maintenant examiner les présomptions d'identité prévues aux al. 258(1)c) et 258(1)d.1). Il existe selon moi une imposante preuve démontrant que des analyses d'alcoolémie effectuées conformément aux exigences prescrites par la loi et révélant un TA supérieur à 0,08 constituent une indication fiable que le TA de l'accusé au moment où il conduisait était égal ou supérieur au TA ainsi mesuré : d.a., vol. 21, p. 100-102.

[173] Comme le précise le rapport préparé par M. Jacques Tremblay, rapport qui a été déposé en l'espèce, le TA d'une personne augmente de manière

“absorption stage”), stabilizing itself rapidly after the last consumption. The BAC thereafter remains more or less stable for a period estimated at anywhere between 0 and two hours ([TRANSLATION] “plateau stage”). This stability is due to the fact that, in the presence of a regular rhythm of alcohol intake, the body’s rate of alcohol elimination is more or less equal to its rate of alcohol absorption during this period, such that the alcohol still being digested by the body after the last consumption has little to no effect on the individual’s BAC. It is only after that plateau period that the BAC decreases steadily until completely eliminated by the body ([TRANSLATION] “elimination stage”). As such, in cases where individuals, as usual, consume alcohol at a regular rate, a test taken within two hours of their last consumption will usually reveal a BAC that is either identical or lower than that which he had at the time of that consumption. This also leads to the conclusion that a person arrested and asked to submit himself or herself to a breathalyzer test will, when having consumed alcohol at a normal rate of consumption, either be in the plateau stage or the elimination stage at the time of the test, and thus, have a BAC that is either identical to or lower than when he was driving. Bearing in mind that the offence is having any BAC above .08 and given that I have concluded above that the presumption of accuracy is not objectionable, there is no infringement of the right to be presumed innocent by deeming that the BAC at the time of testing is the same as at the time of driving. Once again, Parliament has simply legislated well-established facts so that they do not have to be proved in every case. There is no risk of conviction on the basis of a reasonable doubt that has a basis in common sense and logic in the evidence or the absence of evidence.

[174] In my opinion, a doubt about the presumptions of identity based on bolus or intervening drinking would be speculative, absent evidence supporting the fact that one or the other of those scenarios had actually occurred. I note that the

constante au fur et à mesure qu’elle consomme de l’alcool (« phase de l’absorption »), puis il se stabilise rapidement après la dernière consommation. Le TA demeure ensuite plus ou moins stable pendant une période variant de 0 à deux heures (« phase du plateau »). Cette stabilité découle du fait que, si l’alcool est consommé selon un rythme régulier, son taux d’élimination est plus ou moins égal à son taux d’absorption au cours de cette période, de telle sorte que l’alcool qui est toujours en train d’être digéré par l’organisme après la dernière consommation a peu d’effet, sinon aucun, sur le TA de la personne. Ce n’est qu’après la phase du plateau que le TA décroît de façon constante, jusqu’à ce que l’alcool ait été complètement éliminé par l’organisme (« phase de l’élimination »). Ainsi, lorsqu’une personne — comme c’est le cas habituellement — consomme de l’alcool selon un rythme régulier, une analyse effectuée dans les deux heures suivant sa dernière consommation indiquera généralement un TA identique au TA au moment de la consommation ou moins élevé que celui-ci. Il s’ensuit qu’une personne qui a été arrêtée et s’est vu demander de se soumettre à une épreuve au moyen de l’alcootest sera — lorsqu’elle a consommé de l’alcool selon un rythme régulier — soit à la phase du plateau soit à la phase de l’élimination au moment du test et, par conséquent, son TA sera soit identique à son TA au moment où elle conduisait soit moins élevé que celui-ci. Comme l’infraction consiste à présenter un TA supérieur à 0,08 et, comme j’ai conclu précédemment que la présomption d’exactitude n’est pas contestable, le fait de présumer que le TA de l’accusé au moment des analyses correspond à son TA au moment où il conduisait ne viole pas le droit à la présomption d’innocence. Je le répète, le législateur a tout simplement énoncé dans la loi des faits bien établis, afin qu’il ne soit pas nécessaire de les prouver dans chaque instance. Il n’y a aucun risque qu’un accusé soit déclaré coupable s’il existe un doute raisonnable sensé et logique, basé sur la preuve ou sur une absence de preuve.

[174] À mon avis, un doute quant à l’application des présomptions d’identité qui serait fondé sur la notion du dernier verre ou celle du verre d’après relèverait de la conjecture en l’absence de preuve que l’un ou l’autre de ces scénarios s’est réellement

Ontario Court of Appeal has ruled in several cases that triers of fact are entitled to draw an inference that “normal people do not consume large quantities of alcohol shortly before, or while, driving”, in the absence of evidence putting in doubt the soundness of drawing this inference in a particular case: *R. v. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210, at para. 13. See also *R. v. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. v. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424. I would apply the same principle to drinking after driving but before the breathalyzer test is administered. Even if it might be said that a reasonable doubt could exist about drinking between the time of driving and testing, placing an evidentiary burden on the accused to simply point to evidence capable of raising a doubt on this issue would readily pass the justification requirement under s. 1 of the *Charter*. The fact of post-driving drinking is peculiarly in the knowledge of the accused and it would be unduly onerous to require the prosecution to negate this rather unusual possibility in every case even when it had no foundation in the evidence.

[175] I am also of the view that the challenged provisions do not relieve the Crown of its obligation to present a case to meet before the accused is called on to answer. Where an over .08 breathalyzer test result is obtained in accordance with the statutory requirements, a trial judge cannot, in my opinion, conclude that there is no evidence upon which he could reasonably convict an accused.

5. Section 1 of the *Charter*

[176] I turn to the s. 1 justification on the assumption that my colleague, Deschamps J. is correct that the second and third requirements under s. 258(1)(c) limit the right to be presumed innocent. These are the requirements to point to evidence raising a doubt that the malfunctioning or

produit. Je souligne que, dans plusieurs instances, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que le juge des faits a le droit de tirer l’inférence que [TRADUCTION] « des personnes normales ne consomment pas de grandes quantités d’alcool peu de temps avant de conduire ou pendant qu’elles conduisent », s’il n’existe aucune preuve tendant à mettre en doute le bien-fondé de cette inférence : *R. c. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210, par. 13. Voir également *R. c. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. c. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424. J’appliquerais le même principe au fait de boire après avoir conduit, mais avant de subir le test. Même s’il est possible de prétendre qu’un doute raisonnable pourrait exister au sujet de la consommation d’alcool par l’accusé entre le moment où il conduisait et celui où il a subi le test, le fait d’obliger l’accusé à indiquer simplement dans la preuve des éléments permettant de soulever un doute à cet égard serait aisément justifié au regard de l’article premier de la *Charte*. C’est d’abord et avant tout l’accusé lui-même qui sait s’il a bu après avoir conduit, et ce serait imposer un fardeau indûment lourd à la poursuite que de l’obliger à réfuter dans tous les cas cette possibilité plutôt inhabituelle, même quand celle-ci n’est aucunement étayée par la preuve.

[175] Je suis également d’avis que les dispositions contestées ne libèrent pas le ministère public de son obligation de présenter une preuve complète contre l’accusé avant que celui-ci ne soit tenu de répondre. Lorsqu’une analyse effectuée en conformité avec les exigences prescrites par la loi indique un TA supérieur à 0,08, le juge du procès ne saurait selon moi conclure que rien dans la preuve ne lui permet de prononcer raisonnablement une déclaration de culpabilité contre l’accusé.

5. L’article premier de la *Charte*

[176] Je vais examiner maintenant la question de la justification au regard de l’article premier, en tenant pour acquis que ma collègue la juge Deschamps a raison d’affirmer que les deuxième et troisième exigences énoncées à l’al. 258(1)(c) limitent le droit à la présomption d’innocence. Il

the improper operation of the device resulted in an over .08 reading and about whether the accused's BAC at the time of driving was under .08. My view is that any limitation is reasonable and demonstrably justified.

[177] As I explained above, I read the requirements in s. 258(1)(c) differently than does my colleague. The second requirement — to point to evidence raising a doubt that the malfunctioning or the improper operation of the device resulted in an over .08 reading — simply requires the evidence to be material to the issue of whether the accused had a BAC over the legal limit. Requiring evidence to be material to that issue, to my way of thinking, easily passes all of the steps of the *Oakes* analysis. The provision simply prevents evidence being adduced that is not logically probative of the accused's innocence. Without this second requirement, evidence that the device consistently underestimates the true BAC would rebut the presumption even though there is no realistic possibility that the accused's BAC was lower than the results obtained from the device.

[178] As for the third requirement — that the accused point to evidence raising a doubt that the accused's BAC at the time of driving was under .08 — I find it does not impose any significant burden that is not already discharged by meeting the second requirement. As I explained earlier, I find it hard to imagine how there could be a doubt about whether the device produced a result over .08 as a result of a malfunction or improper operation and yet there would not inevitably also be a doubt that the accused's BAC was in fact under .08.

s'agit des exigences requérant que l'accusé indique dans la preuve des éléments qui soulèvent un doute en tendant à démontrer que le résultat supérieur à 0,08 découle du mauvais fonctionnement de l'appareil ou de son utilisation incorrecte et que le TA de l'accusé au moment où il conduisait était inférieur à 0,08. À mon avis, si ces exigences créent une limite, elle est raisonnable et justifiée.

[177] Comme je l'ai expliqué plus tôt, je n'interprète pas de la même façon que ma collègue les exigences énoncées à l'al. 258(1)c). La deuxième exigence — à savoir que l'accusé indique dans la preuve des éléments qui soulèvent un doute en tendant à démontrer que le résultat supérieur à 0,08 découle du mauvais fonctionnement de l'appareil ou de son utilisation incorrecte — requiert simplement que cette preuve soit importante relativement à la question de savoir si le TA de l'accusé était supérieur à la limite légale. À mon avis, l'exigence voulant que la preuve soit importante à l'égard de cette question satisfait facilement à toutes les étapes de l'analyse énoncée dans *Oakes*. La disposition interdit tout simplement la présentation d'éléments de preuve qui ne sont pas logiquement probants en ce qui concerne l'innocence de l'accusé. Sans cette deuxième exigence, une preuve indiquant que l'appareil sous-estime de façon constante le TA véritable réfuterait la présomption, même en l'absence de possibilité réelle que le TA de l'accusé ait été inférieur au TA mesuré par l'appareil.

[178] Pour ce qui est de la troisième exigence — à savoir que l'accusé indique dans la preuve des éléments qui soulèvent un doute en tendant à démontrer que son TA au moment où il conduisait était inférieur à 0,08 —, je conclus qu'elle n'impose à ce dernier aucun fardeau important dont il ne se serait pas déjà acquitté en satisfaisant à la deuxième exigence. Comme je l'ai expliqué précédemment, j'ai de la difficulté à imaginer comment un tribunal qui aurait un doute et penserait que l'appareil a indiqué un résultat supérieur à 0,08 en raison d'un mauvais fonctionnement ou d'une utilisation incorrecte ne penserait pas inévitablement aussi que le TA de l'accusé était dans les faits inférieur à 0,08.

[179] My conclusion is that the provisions which my colleague would hold to limit the right to be presumed innocent readily pass the s. 1 justification and should be upheld as reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society.

D. Conclusion

[180] I would uphold the conviction entered by Judge Chapdelaine against the respondent. I would however allow the appeal with respect to the constitutional questions and answer them as follows:

1. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

[179] J'arrive à la conclusion que les dispositions qui, de l'avis de ma collègue, limitent le droit à la présomption d'innocence satisfont sans difficulté au critère de justification prévu par l'article premier et qu'elles constituent, de ce fait, des limites raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

D. Conclusion

[180] Je suis d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Chapdelaine contre l'intimée. Toutefois, j'accueillerais l'appel en ce qui concerne les questions constitutionnelles, auxquelles je répondrais de la façon suivante :

1. Les alinéas 258(1)c), 258(1)d.01) et 258(1)d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les alinéas 258(1)c), 258(1)d.01) et 258(1)d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Les alinéas 258(1)c), 258(1)d.01) et 258(1)d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

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

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

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

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

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

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

evidence of the results of the analyses so made is conclusive proof that the concentration of alcohol in the accused's blood both at the time when the analyses were made and at the time when the offence was alleged to have been committed was, if the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, if the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses, in the absence of evidence tending to show all of the following three

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

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

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

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

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

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

things — that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused's blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused's blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed;

. . .

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

- (i) the amount of alcohol that the accused consumed,
- (ii) the rate at which the alcohol that the accused consumed would have been absorbed and eliminated by the accused's body, or
- (iii) a calculation based on that evidence of what the concentration of alcohol in the accused's blood would have been at the time when the offence was alleged to have been committed;

(d.1) if samples of the accused's breath or a sample of the accused's blood have been taken as described in paragraph *(c)* or *(d)* under the conditions described in that paragraph and the results of the analyses show a concentration of alcohol in blood exceeding 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, evidence of the results of the analyses is proof that the concentration of alcohol in the accused's blood at the time when the offence was alleged to have been committed exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, in the absence of evidence tending to show that the accused's consumption of alcohol was consistent with both

- (i) a concentration of alcohol in the accused's blood that did not exceed 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed, and
- (ii) the concentration of alcohol in the accused's blood as determined under paragraph *(c)* or *(d)*, as the case may be, at the time when the sample or samples were taken;

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

. . .

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

- (i) soit sur la quantité d'alcool consommé par l'accusé,
- (ii) soit sur le taux d'absorption ou d'élimination de l'alcool par son organisme,
- (iii) soit sur le calcul, fondé sur ces éléments de preuve, de ce qu'aurait été son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise;

d.1) si les analyses visées aux alinéas *c)* ou *d)* montrent une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, le résultat des analyses fait foi d'une telle alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise, en l'absence de preuve tendant à démontrer que la consommation d'alcool par l'accusé était compatible avec, à la fois :

- (i) une alcoolémie ne dépassant pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang au moment où l'infraction aurait été commise,
- (ii) l'alcoolémie établie par les analyses visées aux alinéas *c)* ou *d)*, selon le cas, au moment du prélèvement des échantillons;

Appeal allowed in part, ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellants: Attorney general of Québec, Montréal.

Solicitors for the respondent: Fréchette, Blanchette, Sherbrooke.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney general of Canada, Montréal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Barreau du Québec: LaBrie, Gariépy & Associés, Longueuil.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Downs Lepage, Montréal.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Ducharme Fox, Windsor; Burstein Bryant, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Gunn Law Group, Edmonton.

Pourvoi accueilli en partie, les juges ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents en partie.

Procureur des appelants : Procureur général du Québec, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Fréchette, Blanchette, Sherbrooke.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenante le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : LaBrie, Gariépy & Associés, Longueuil.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Downs Lepage, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Ducharme Fox, Windsor; Burstein Bryant, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : Gunn Law Group, Edmonton.