

Josef Hans Egger Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. EGGER

File No.: 22816.

1992: October 9; 1993: June 10.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Impaired driving — Presumption of impairment arising from certificates made following blood test — Requirement that a sample be available to accused for independent testing — Accused not receiving notice of existence of sample until day before trial — What information to be disclosed, and when, for presumption to operate — Whether accused must request second sample before the presumption available — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 255(2), 258(1)(d), (7), 676(1)(a).

Appellant was involved in a traffic accident. Two blood samples were taken in hospital for analysis of blood alcohol level — one for the police and one for independent analysis by the accused. Some two months after the accident, appellant was charged with two counts of impaired driving causing bodily harm (*Criminal Code*, s. 255(2)) and one "over 80" count (*Criminal Code*, s. 253(b)). At the same time he was served with a Certificate of Analyst (CA) which revealed that he had had four times the statutory limit of concentration of alcohol in his blood at the time the samples were taken. The Certificate of Analyst did not mention the existence of a second blood sample. In the six months between the time he gave blood samples and his trial, appellant neither requested the extra sample of his blood nor applied to any court for its release. The appellant was served with a Certificate of Qualified Technician (CQT) the day before his trial. The CQT stated that the taking of the two samples complied with the *Criminal Code*, and that a second sample was taken to permit an analysis to be made by or on behalf of the accused. The delay in serving the CQT was apparently inadvertent, and the Crown called the technician as a witness at trial. The

Josef Hans Egger Appelant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. EGGER

N^o du greffe: 22816.

^b

1992: 9 octobre; 1993: 10 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci.

^c

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

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies — Présomption de facultés affaiblies découlant des certificats émis après analyse du sang — Exigence qu'un échantillon soit à la disposition de l'accusé à des fins d'analyse indépendante — Accusé n'ayant reçu l'avis de l'existence d'un échantillon que la veille du procès — Renseignements à communiquer et moment de la communication pour que la présomption s'applique — L'accusé doit-il demander le second échantillon avant que la présomption s'applique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 255(2), 258(1)d), (7), 676(1)a).

^f

L'appelant a été impliqué dans un accident de la circulation. Deux échantillons de sang ont été prélevés à l'hôpital à des fins d'analyse pour déterminer l'alcoolémie: un pour la police et un pour une analyse indépendante par l'accusé. Environ deux mois après l'accident, l'appelant a été accusé sous deux chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (*Code criminel*, par. 255(2)) et d'un chef d'alcoolémie de «plus de 80 mg» (*Code criminel*, al. 253b)). En même temps, le certificat d'un analyste (CA) lui a été signifié, lequel indiquait que le taux d'alcool dans le sang de l'appelant au moment où les échantillons ont été prélevés était quatre fois supérieur à la limite prévue par la loi. Le certificat de l'analyste ne mentionnait pas l'existence d'un second échantillon de sang. Dans les six mois entre le moment où il a donné des échantillons de sang et son procès, l'appelant n'a pas demandé l'échantillon de sang supplémentaire et il n'a pas demandé à un tribunal qu'il lui soit remis. Le certificat d'un technicien qualifié (CTQ) a été signifié à l'appelant la veille de son procès. Le CTQ indiquait que le prélèvement des deux échantillons était conforme au *Code criminel*, et que le second échantillon avait été prélevé afin de permettre qu'une

^g

^h

ⁱ

^j

appellant was acquitted of all counts when the trial judge refused to admit the CQT and the CA into evidence. With that the "over 80" charge fell. The trial judge also dismissed the other two charges for other reasons. The Court of Appeal allowed respondent's appeal and ordered a new trial on all counts.

Two questions arose for determination. First, what must the prosecution disclose to the accused, and when, in order to have the benefit of the presumption that the reading in the CA was the blood alcohol level at the time of the accident? Second, what action, if any, is necessary on the part of the accused to obtain the second sample before the presumption is available?

Held: The appeal should be allowed.

The accused had no notice of the availability of the second blood sample until the CQT was served the day before his trial. The Court of Appeal was not empowered to overturn this finding of fact because the Crown's appeal was limited to questions of law alone by s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. The trial judge's finding was not alleged to be an error of law and was supported by the evidence.

The availability of the presumption and the admissibility as evidence of the CA and CQT, which do not depend on the conditions governing the presumption, are two separate questions. The certificates are admissible if reasonable notice of the intent to produce them and copies of them are given to the accused (s. 258(7)) and they are evidence of the factual allegations therein without formal proof of the authenticity of the documents (ss. 258(1)(h)(iii) for the CQT and 258(1)(i) for the CA).

The findings of fact that the appellant was not given reasonable notice of the CQT, that the usual practice of serving it or the Certificate of Qualified Medical Practitioner (CQMP) when the sample is taken was not followed, and that the Crown failed without excuse to execute and serve the certificate well in advance of the trial were all supported in the evidence. It was well within the trial judge's judicial discretion to find that service of the CQT the afternoon before the trial did not in the cir-

analyse soit effectuée par l'accusé ou pour son compte. Le retard dans la signification du CTQ résultait apparemment d'une inadvertance et le ministère public a cité le technicien à titre de témoin au procès. L'appelant a été acquitté à l'égard de tous les chefs lorsque le juge du procès a refusé d'admettre le CTQ et le CA à titre de preuve. Ainsi, l'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» n'a pas été retenue. Le juge du procès a également rejeté les deux autres accusations pour d'autres motifs. L'appel de l'intimée a été accueilli par la Cour d'appel, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard de tous les chefs d'accusation.

Deux questions devaient être tranchées. Premièrement, qu'est-ce que la poursuite doit révéler à l'accusé, et à quel moment doit-elle le faire, pour pouvoir jouir de l'avantage de la présomption que les résultats dans le CA indiquaient l'alcoolémie au moment de l'accident? Deuxièmement, le cas échéant, quelle mesure l'accusé doit-il prendre pour obtenir le second échantillon avant que la présomption ne s'applique?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'accusé n'a pas été avisé de la disponibilité du second échantillon avant que le CTQ soit signifié la veille de son procès. La Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'infirmer cette conclusion de fait parce que l'appel du ministère public était limité à des questions de droit seulement par l'al. 676(1)a) du *Code criminel*. On n'a pas allégué que la conclusion du juge du procès constituait une erreur de droit, et cette conclusion était appuyée par la preuve.

La disponibilité de la présomption et la recevabilité du CA et du CTQ à titre de preuve, qui ne dépendent pas des conditions en matière de présomption, sont deux questions distinctes. Les certificats sont recevables si un avis raisonnable de l'intention de les produire est donné à l'accusé et si on lui fournit des copies de ceux-ci (par. 258(7)) et ils font foi des allégations de fait sans preuve formelle de l'authenticité des documents (sous-al. 258(1)h)(iii) pour le CTQ et al. 258(1)(i) pour le CA).

Les conclusions de fait que l'appelant n'a pas eu un avis suffisant du CTQ, que la pratique habituelle de la signification de celui-ci ou du certificat d'un médecin qualifié (CMQ) au moment du prélèvement n'a pas été suivie et que le ministère public a omis, sans excuse, de signifier le certificat dans le délai amplement suffisant bien avant le procès étaient toutes appuyées par la preuve. Le juge du procès pouvait très bien en vertu de son pouvoir discrétionnaire conclure que la signification

cumstances constitute reasonable notice as required by s. 258(7).

The CA, which was considered on the heels of the CQT and excluded without any independent ground supporting that exclusion, should have been considered separately. It was served long in advance of the trial and was admissible.

Section 258(1)(d) must be interpreted in light of the accused's right to make full answer and defence and the Crown's duty to disclose all information reasonably capable of affecting the accused's ability to exercise that right. Disclosure must be made early enough to leave the accused enough time to take any steps that may affect that right and should be done before the accused elects a mode of trial or pleads. This obligation to disclose extends to information relevant and necessary for the accused to decide whether or not to take such steps. This requires a determination by the reviewing judge as to whether the information can reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a defence or in making a decision which may affect the conduct of the defence. The Crown bears the burden of justifying its discretion to withhold irrelevant or privileged information.

The statutory presumption in s. 258(1)(d) requires that the accused know the charge against him or her and know of the Crown's analysis evidence and be informed of the existence of a second sample available for independent testing. Neither the CA nor the summons meets this requirement because neither refers to the existence or availability for testing of the second sample. Since a certificate which is often the basis of conviction cannot be cross-examined, the accused's only line of defence is to conduct his or her own test of the sample. The right to a sample must be a meaningful right to be exercised or waived on the basis of relevant basic information.

Although the Crown may be required to retain the second sample beyond the statutory requirement of three months and, therefore, the accused might have an alternative remedy under s. 605(1) of the Code, this is not a substitute for notice of the second sample with the three-

du CTQ l'après-midi qui a précédé le procès ne constituait pas dans les circonstances un avis raisonnable aux termes du par. 258(7).

^a Le CA, qui a été examiné directement à la suite du CTQ et exclu sans motif distinct, aurait dû être examiné séparément. Il a été signifié bien avant le procès et était recevable.

^b L'alinéa 258(1)d) doit être interprété en fonction du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et de l'obligation du ministère public de communiquer à l'accusé tous les renseignements qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir un effet sur sa capacité d'exercer ce droit. La communication doit être faite assez tôt pour laisser à l'accusé suffisamment de temps pour prendre les mesures susceptibles d'avoir un effet sur ce droit et avant que l'accusé choisisse son mode de procès ou présente son plaidoyer. Cette obligation de communication ^c s'applique aux renseignements qui sont pertinents et nécessaires pour que l'accusé puisse décider de prendre ou non ces mesures. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense. Le ministère public est tenu de justifier son pouvoir discrétionnaire de retenir des renseignements ^d qui ne sont pas pertinents ou qui sont privilégiés. ^e ^f

La présomption prévue à l'al. 258(1)d) exige que l'accusé soit au courant de l'accusation qui est portée contre lui, de l'analyse que le ministère public présente comme preuve et de l'existence d'un second échantillon qu'il peut soumettre à une analyse indépendante. Ni le CA ni l'assignation ne satisfont à cette exigence parce qu'ils ne mentionnent pas l'existence du second échantillon ni le fait qu'il peut être analysé. Étant donné qu'un certificat, sur lequel est souvent fondée la déclaration de culpabilité, ne peut faire l'objet d'un contre-interrogatoire, le seul moyen de défense pour l'accusé est la possibilité de faire effectuer sa propre analyse de l'échantillon. Le droit d'obtenir un échantillon doit être un droit important qui peut être exercé ou auquel il est possible de renoncer sur le fondement de renseignements de base pertinents. ^g ^h ⁱ

Bien que le ministère public puisse être tenu de garder le second échantillon au delà du délai de trois mois prévu par la loi, et que, par conséquent, l'accusé puisse avoir un autre recours aux termes du par. 605(1) du Code, cela ne remplace pas l'avis relatif au second

month period. Such notice would, however, satisfy any production requirements of the Crown to produce after the statutory three-month period has expired.

The most appropriate and convenient way to notify the accused of the existence of the second sample is by serving the CQT or CQMP. Notice can be effected by other means, however, if it is to the same effect and it is proved in accordance with the criminal standard that the accused was made aware in a timely fashion. (The criminal standard of proof applies because the admission of the evidence, given the effect of the presumption can be conclusive proof of the accused's blood alcohol concentration.) The accused must receive the information with enough time to apply for an order under s. 258(4). The amount of time reasonably necessary to do so is a question of fact. The earlier the information is provided, the better, and in most cases the CQT can be served when the samples are taken. If not served when taken, the CQT, or a notice advising of the availability of the sample for testing, should be given when the summons is served.

The appellant did not have the information reasonably necessary for the informed exercise of his right to obtain the second sample and hence the presumption in s. 258(1)(d) was not available to the Crown.

The presumption is available even if the accused takes no action to obtain the second sample. An interpretation consistent with the legislative intent must be adopted because the plain and ordinary meaning of s. 258(1)(d)(i) would defeat its legislative purpose which is to give the Crown the benefit of an evidentiary presumption, given certain conditions, in order to facilitate the prosecution of drinking and driving offences. This purpose is inconsistent with making the presumption subject to the caprice of the accused as to whether or not to exercise his or her right to request the second blood sample.

The presumption will not necessarily stand whenever the requisite notice is given, regardless of other circumstances. If the accused is not able to exercise his or her right due to factors beyond his or her control, the application of the presumption may be denied. Being denied the benefit of the presumption clearly, however, does not derail "over 80" prosecutions. It simply requires the Crown to prove them by recourse to the evidential tools

échantillon dans le délai de trois mois. Toutefois, un tel avis satisferait à l'exigence en matière de remise qui incombe au ministère public après l'expiration du délai de trois mois.

^a La meilleure façon d'aviser l'accusé de l'existence du second échantillon est la signification du CTQ ou du CMQ. Toutefois, l'avis peut être donné par d'autres moyens dans la mesure où ils ont le même effet et qu'il est démontré, conformément aux normes en matière criminelle, que l'accusé a été avisé en temps opportun. (La norme de preuve en matière criminelle s'applique parce que la recevabilité de la preuve, compte tenu de l'effet de la présomption peut avoir un effet concluant relativement à l'alcoolémie de l'accusé.) L'accusé doit recevoir les renseignements suffisamment à l'avance pour demander une ordonnance aux termes du par. 258(4). Le délai raisonnable à cette fin est une question de fait. Il est préférable que les renseignements soient communiqués le plus tôt possible et, dans la plupart des cas, le CTQ peut être signifié au moment du prélèvement des échantillons. Si le CTQ n'est pas signifié au moment du prélèvement des échantillons, alors il faudrait le remettre, ou donner un avis concernant la disponibilité d'un échantillon à des fins d'analyse, au moment de l'assignation.

^f L'appelant n'a pas eu les renseignements raisonnablement nécessaires à l'exercice éclairé de son droit d'obtenir le second échantillon et, par conséquent, le ministère public ne pouvait invoquer la présomption visée à l'al. 258(1)d).

^g La présomption peut être invoquée même si l'accusé ne prend aucune mesure pour obtenir le second échantillon. Il y a lieu d'adopter une interprétation conforme à l'intention du législateur parce que le sens ordinaire du sous-al. 258(1)d)(i) serait contraire à l'esprit de la loi qui vise à donner au ministère public l'avantage d'une présomption en matière de preuve dans certaines conditions, pour faciliter la poursuite d'infractions relatives à la conduite en état d'ébriété. Cet objet ne correspond pas à l'assujettissement de la présomption au bon vouloir de l'accusé d'exercer ou non son droit de demander le second échantillon de sang.

^j La présomption ne s'appliquera pas nécessairement dès que l'avis aura été donné, sans tenir compte d'autres circonstances. Si l'accusé n'est pas en mesure d'exercer son droit en raison de facteurs hors de son contrôle, l'application de la présomption peut être refusée. De toute évidence, le refus d'appliquer la présomption n'empêche toutefois pas d'intenter des poursuites pour alcoolémie de «plus de 80 mg». Le ministère public doit

on which it would ordinarily have to rely in the absence of the presumption.

The Crown quite rightly did not seek a new trial. In the absence of the presumption in s. 258(1)(d) or expert evidence of metabolic rates and extrapolation to the time of the accident, the CA does no more than provide a blood alcohol reading two hours after the accident. Without the presumption there was no evidence supporting the "over 80" count. The Crown, having relied on the presumption which it knew was disputed, could not seek to set aside the acquittal and obtain a new trial in order to permit it to proceed on another basis with new evidence.

Cases Cited

Considered: *R. v. Aujla* (1989), 47 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Montgomery* (1992), 70 C.C.C. (3d) 229; *R. v. Corning* (1987), 81 N.S.R. (2d) 53; **referred to:** *R. v. Frizzell* (1971), 5 C.C.C. (2d) 499; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Hackie* (1988), 8 M.V.R. (2d) 222; *Lightfoot v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 566; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Redmond* (1990), 37 O.A.C. 133; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Savard v. The King*, [1946] S.C.R. 20; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b) [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 36], 255(2) [am. *idem*], 258(1)(d), (7) [am. *idem*], 676(1)(a) [am. *ibid.*, s. 139].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Pomerance, Renee M. "«Over 80' and Under Scrutiny: Selected Charter Issues in Drinking and Driving Cases" (1992), 4 *J.M.V.L.* 121.

simplement en faire la preuve au moyen des outils dont il disposerait en l'absence de la présomption.

Le ministère public était bien fondé de ne pas demander la tenue d'un nouveau procès. En l'absence de la présomption de l'al. 258(1)d) ou d'un témoignage d'expert relativement au taux de métabolisation, et d'extrapolation quant au taux au moment de l'accident, le CA indique simplement quelle était l'alcoolémie deux heures après l'accident. Sans la présomption, aucun élément de preuve n'appuyait le chef d'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg». Comme il s'est appuyé sur la présomption qu'il savait contestée, le ministère public ne pouvait demander l'annulation de l'acquittement et la tenue d'un nouveau procès pour lui permettre de procéder sur un autre fondement avec de nouveaux éléments de preuve.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Aujla* (1989), 47 C.C.C. (3d) 481; *R. c. Montgomery* (1992), 70 C.C.C. (3d) 229; *R. c. Corning* (1987), 81 N.S.R. (2d) 53; **arrêts mentionnés:** *R. c. Frizzell* (1971), 5 C.C.C. (2d) 499; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Hackie* (1988), 8 M.V.R. (2d) 222; *Lightfoot c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 566; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Redmond* (1990), 37 O.A.C. 133; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Savard c. The King*, [1946] R.C.S. 20; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 36], 255(2) [mod. *idem*], 258(1)d), (7) [mod. *idem*], 676(1)a) [mod. *ibid.*, art. 139].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26.

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Pomerance, Renee M. ««Over 80» and Under Scrutiny: Selected Charter Issues in Drinking and Driving Cases» (1992), 4 *J.M.V.L.* 121.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 120 A.R. 360, 8 W.A.C. 360, 69 C.C.C. (3d) 97, 32 M.V.R. (2d) 161, allowing an appeal from an acquittal by Reilly Prov. Ct. J. Appeal allowed.

David F. Younggren, for the appellant.

Peter W. L. Martin, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This drinking and driving case concerns the availability of the statutory presumption in s. 258(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that the accused's blood alcohol level at the time a sample of the accused's blood was tested is proof of the accused's blood alcohol level at the time of the alleged offence of driving "over 80". Section 258(1)(d) imposes several conditions on the availability of the presumption. The present appeal focuses only on some of these, namely what, if anything, must be disclosed to the accused, and when must it be disclosed, before the Crown may rely on the presumption, and whether a request by the accused for the second blood sample (taken at the same time as the sample tested by the prosecution) and its release to the accused are prerequisites for the availability of the presumption.

Facts

On March 24, 1990, the car the appellant was driving was involved in a motor vehicle accident. At the scene of the accident, the police formed the opinion that the appellant was impaired, and demanded samples of his blood for analysis. They did not demand a breath sample because the appellant had some lacerations on his face and they thought that the presence of blood in the appellant's mouth might affect the accuracy of a breath sample analysis. The appellant agreed to the blood sample demand and was taken to a hospital where a nurse took the blood samples. At the hospital the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 120 A.R. 360, 8 W.A.C. 360, 69 C.C.C. (3d) 97, 32 M.V.R. (2d) 161, qui a accueilli un appel contre un acquittement rendu par le juge Reilly de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

David F. Younggren, pour l'appelant.

Peter W. L. Martin, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—La présente affaire d'alcool au volant porte sur la possibilité d'invoquer la présomption prévue à l'al. 258(1)d) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, selon laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'analyse d'un échantillon de son sang fait foi de son alcoolémie au moment où l'infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» aurait été commise. L'alinéa 258(1)d) pose plusieurs conditions en ce qui concerne la possibilité d'invoquer la présomption. Le présent pourvoi ne vise que certaines de ces conditions, savoir ce qui, le cas échéant, doit être communiqué à l'accusé, ainsi que le moment de la communication, avant que le ministère public puisse faire valoir la présomption, et s'il faut, comme conditions préalables à l'application de la présomption, que l'accusé ait demandé le second échantillon de sang (prélevé en même temps que l'échantillon analysé par le ministère public) et que celui-ci lui ait été remis.

Les faits

Le 24 mars 1990, l'appelant, au volant de sa voiture, a été impliqué dans un accident de la circulation. Sur les lieux de l'accident, les policiers étaient d'avis que les facultés de l'appelant étaient affaiblies et ont demandé que des échantillons de sang soient prélevés à des fins d'analyse. Ils n'ont pas demandé d'échantillon d'haleine parce que l'appelant avait des coupures au visage et ils ont pensé que la présence de sang dans sa bouche pourrait nuire à la précision d'une analyse d'échantillon d'haleine. L'appelant a acquiescé à la demande d'échantillon de sang et il a été conduit

appellant asked why blood samples were being taken; the investigating constable told him that two blood samples would be taken and that one was for police use while the other was kept for him in case he wanted to analyze it later on. The appellant was not charged with any offence at this time, although the investigating officer told the appellant that he would be charged with impaired driving in due course. The trial judge found, however, that in the circumstances the appellant did not have notice of the retention of the second blood sample, a point to which I shall return later.

On May 22, 1990, some two months after the accident, the appellant was charged with two counts of impaired driving causing bodily harm (*Criminal Code*, s. 255(2)) and one "over 80" count (driving with a blood-alcohol content of more than 80 mg per 100 ml of blood—*Criminal Code*, s. 253(b)). At the same time he was served with a Certificate of Analyst (CA) which revealed that he had had four times the statutory limit of concentration of alcohol in his blood at the time the samples were taken. The Certificate of Analyst did not mention the existence of a second blood sample.

He was tried on September 21, 1990. In the six months between the time he gave blood samples and his trial, he neither requested the extra sample of his blood nor applied to any court for its release. The appellant was served with a Certificate of Qualified Technician (CQT) the day before his trial. The CQT stated, among other things, that the taking of the two samples complied with the *Criminal Code*, and that a second sample was taken to permit an analysis to be made by or on behalf of the accused. The delay in serving the CQT was apparently because of inadvertence, and the Crown called the technician (the nurse who had taken the samples) as a witness at trial. The appellant was acquitted of all counts when the trial judge refused to admit the CQT and the CA into evidence. With that the "over 80" charge fell. The trial judge also

à un hôpital où une infirmière a effectué les prélèvements. À l'hôpital, l'appellant a demandé pour quelle raison on prélevait des échantillons de sang; l'agent enquêteur lui a répondu que deux échantillons seraient prélevés et que l'un d'eux serait utilisé par la police et l'autre serait conservé pour lui au cas où il voudrait le faire analyser plus tard. L'appellant n'a été accusé d'aucune infraction à ce moment-là, bien que l'agent enquêteur lui eût dit qu'il serait accusé en temps opportun de conduite avec facultés affaiblies. Toutefois, le juge du procès a conclu que, dans les circonstances, l'appellant n'avait pas été avisé que le second échantillon de sang était gardé, un point dont nous traiterons plus loin.

Le 22 mai 1990, environ deux mois après l'accident, l'appellant a été accusé sous deux chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (*Code criminel*, par. 255(2)) et un chef d'alcoolémie de «plus de 80 mg» (conduite avec une alcoolémie qui dépasse 80 mg d'alcool par 100 ml de sang — *Code criminel*, al. 253b)). En même temps, le certificat d'un analyste (CA) lui a été signifié, lequel indiquait que le taux d'alcool dans le sang de l'appellant au moment où les échantillons ont été prélevés était quatre fois supérieur à la limite prévue par la loi. Le certificat de l'analyste ne mentionnait pas l'existence d'un second échantillon de sang.

L'appellant a subi son procès le 21 septembre 1990. Dans les six mois entre le moment où il a donné des échantillons de sang et son procès, il n'a pas demandé l'échantillon de sang supplémentaire et il n'a pas demandé à un tribunal que l'échantillon lui soit remis. Le certificat d'un technicien qualifié (CTQ) a été signifié à l'appellant la veille de son procès. Le CTQ indiquait, notamment, que le prélèvement des deux échantillons était conforme au *Code criminel*, et que le second échantillon avait été prélevé afin de permettre qu'une analyse soit effectuée par l'accusé ou pour son compte. Le retard dans la signification du CTQ résultait apparemment d'une inadvertence et le ministère public a cité le technicien (l'infirmière qui a effectué les prélèvements) à titre de témoin au procès. L'appellant a été acquitté à l'égard de

dismissed the other two charges for other reasons. The respondent's appeal was allowed by the Court of Appeal which ordered a new trial on all counts.

tous les chefs lorsque le juge du procès a refusé d'admettre le CTQ et le CA à titre de preuve. Ainsi, l'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» n'a pas été retenue. Le juge du procès a également rejeté les deux autres accusations pour d'autres motifs. L'appel de l'intimée a été accueilli par la Cour d'appel, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard de tous les chefs d'accusation.

Relevant Statutory Provisions

The statutory presumption that the blood alcohol concentration at the time of testing the blood samples is the same as at the time of driving is found in s. 258(1)(d) of the *Criminal Code*. The provisions in Part VIII of the *Code* dealing with the use of evidence of breath and blood samples are, as McClung J.A. in the court below described, "long, convoluted and in some instances, obscure" (*R. v. Egger* (1991), 120 A.R. 360 (C.A.), at p. 362). Section 258(1)(d) provides as follows:

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3),

(d) where a sample of the blood of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3) or otherwise with the consent of the accused or pursuant to a warrant issued under section 256, if

(i) at the time the sample was taken, the person taking the sample took an additional sample of the blood of the accused and one of the samples was retained, to permit an analysis thereof to be made by or on behalf of the accused and, at the request of the accused made within three months from the taking of the samples, one of the samples was ordered to be released pursuant to subsection (4),

Les dispositions législatives pertinentes

La présomption que l'alcoolémie au moment de l'analyse des échantillons de sang est la même qu'au moment de la conduite se trouve à l'al. 258(1)d) du *Code criminel*. Les dispositions de la Partie VIII du *Code* qui traitent de l'utilisation comme preuve des échantillons d'haleine et de sang sont, comme l'a décrit le juge McClung de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «longues, compliquées et dans certains cas, obscures» (*R. c. Egger* (1991), 120 A.R. 360 (C.A.) à la p. 362). Voici le texte de l'al. 258(1)d):

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3):

d) lorsqu'un échantillon de sang de l'accusé a été prélevé conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), conformément à un mandat décerné en vertu de l'article 256 ou autrement avec le consentement de l'accusé, la preuve du résultat des analyses ainsi faites fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment 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) au moment où l'échantillon a été prélevé, la personne qui le prélevait a pris un échantillon supplémentaire du sang de l'accusé et un échantillon a été gardé pour en permettre l'analyse à la demande de l'accusé et, sur demande de celui-ci faite dans les trois mois du prélèvement, une ordonnance de remise de l'échantillon a été rendue en conformité avec le paragraphe (4),

(ii) both samples referred to in subparagraph (i) were taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time,

(iii) both samples referred to in subparagraph (i) were taken by a qualified medical practitioner or a qualified technician under the direction of a qualified medical practitioner,

(iv) both samples referred to in subparagraph (i) were received from the accused directly into, or placed directly into, approved containers that were subsequently sealed, and

(v) an analysis was made by an analyst of at least one of the samples that was contained in a sealed approved container,

evidence of the result of the analysis is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was the concentration determined by the analysis or, where more than one sample was analyzed and the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses;

Subparagraph (i) refers to the request of the accused, within three months from the taking of the sample, for the release of the second sample. The accused may apply for the release of the sample by right within the three months. Subsection (4) provides:

(4) A judge of a superior court of criminal jurisdiction or a court of criminal jurisdiction shall, on the summary application of the accused made within three months from the day on which samples of the blood of the accused were taken, order the release of one of the samples for the purpose of an examination or analysis thereof, subject to such terms as appear to be necessary or desirable to ensure the safeguarding of the sample and its preservation for use in any proceedings in respect of which it was retained.

The admissibility in evidence of the CA and CQT are unrelated to the availability of the presumption, and are governed by other provisions in s. 258(1). First, as to the CQT, para. (h) provides:

(ii) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été prélevés le plus tôt possible après le moment de la commission de l'infraction alléguée et dans tous les cas au plus tard deux heures après,

(iii) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été prélevés par un médecin qualifié ou un technicien qualifié sous la direction d'un médecin qualifié,

(iv) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été reçus de l'accusé directement, ou ont été placés directement, dans des contenants approuvés et scellés,

(v) l'analyse d'un échantillon placé dans un contenant approuvé a été faite;

Le sous-alinéa (i) mentionne la demande de l'accusé, dans les trois mois du prélèvement, en vue d'obtenir la remise du second échantillon. L'accusé peut demander de plein droit la remise de l'échantillon dans le délai de trois mois. Voici le texte du paragraphe (4):

(4) Un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'une cour de juridiction criminelle peut, à la suite d'une demande sommaire de l'accusé présentée dans les trois mois du jour du prélèvement, ordonner qu'un spécimen de son sang lui soit remis pour examen ou analyse de celui-ci sous réserve des conditions qui semblent nécessaires ou souhaitables pour assurer la sécurité du spécimen et sa conservation pour son utilisation lors des procédures en vue desquelles il a été prélevé.

La recevabilité en preuve du CA et du CTQ n'est pas reliée à la possibilité d'invoquer la présomption et est régie par d'autres dispositions du par. 258(1). D'abord en ce qui a trait au CTQ, l'al. h) prévoit:

(h) where a sample of the blood of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3) or otherwise with the consent of the accused or pursuant to a warrant issued under section 256,

a

h) lorsque les échantillons du sang de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), conformément à un mandat décerné en vertu de l'article 256 ou autrement avec le consentement de l'accusé, un certificat d'un médecin qualifié ou d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou la qualité officielle du signataire dans l'un ou l'autre des cas suivants:

b

(iii) a certificate of a qualified technician stating that the technician took the sample and the facts referred to in clauses (i)(B) to (D)

c

(iii) le certificat du technicien qualifié énonce les faits mentionnés aux divisions (i)(B) à (D) et qu'il a prélevé les échantillons;

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed the certificate

Clauses (i)(B) to (D) of para. (h) provide:

d

Voici ensuite le texte des divisions (i)(B) à (D) de l'al. h):

(B) at the time the sample was taken, the medical practitioner took an additional sample of the blood of the accused to permit an analysis of one of the samples to be made by or on behalf of the accused,

e

(B) la mention qu'au moment du prélèvement de l'échantillon, un autre échantillon du sang de l'accusé a été prélevé pour en permettre une analyse à la demande de celui-ci,

(C) the time when and place where both samples referred to in clause (B) were taken, and

(C) la mention du temps et du lieu où les échantillons mentionnés à la division (B) ont été prélevés,

(D) both samples referred to in clause (B) were received from the accused directly into, or placed directly into, approved containers that were subsequently sealed and that are identified in the certificate

f

(D) la mention que les échantillons mentionnés à la division (B) ont été reçus directement de l'accusé ou ont été placés directement dans des contenants approuvés, scellés et identifiés dans le certificat . . .

Admissibility of the CA is governed by s. 258(1)(i):

g

La recevabilité du CA est régie par l'al. 258(1)i):

(i) a certificate of an analyst stating that the analyst has made an analysis of a sample of the blood of the accused that was contained in a sealed approved container identified in the certificate, the date on which and place where the sample was analyzed and the result of that analysis is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed it.

h

i) le certificat de l'analyste déclarant qu'il a effectué une analyse d'un échantillon du sang de l'accusé présent dans un contenant approuvé, scellé et identifié dans le certificat, indiquant le moment, le lieu de l'analyse et le résultat de celle-ci fait foi des faits énoncés dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou la qualité officielle du signataire.

i

Finally, the admissibility of both the CA and CQT is made subject to the notification requirement in s. 258(7):

Enfin, la recevabilité du CA et du CTQ est assujettie à l'exigence en matière d'avis au par. 258(7):

(7) No certificate shall be received in evidence pursuant to paragraph (1) . . . (h) or (i) unless the party intending to produce it has, before the trial, given to the

j

(7) Aucun certificat ne peut être reçu en preuve en conformité avec l'alinéa (1) [. . .] h) ou i), à moins que la partie qui a l'intention de le produire n'ait, avant le

other party reasonable notice of his intention and a copy of the certificate.

Judgments Below

Provincial Court of Alberta, Reilly Prov. Ct. J., September 21, 1990

Reilly Prov. Ct. J. refused to admit into evidence either the CA or CQT because the CQT had been served on the appellant the day before the trial even though the Crown had the opportunity to serve it on him when the samples were taken. Since only the CQT made any mention of the existence of the second sample, the trial judge held that:

... [the appellant] has never had the written notice that there is a second sample of blood available for him to test. And I find that that does constitute an abrogation of his right to make full answer in [sic] defence and that the—that because of that, Exhibit 2 [CQT] is not properly in evidence and neither is Exhibit 3 [CA] because he has not had the background which would allow him the proper opportunity in that regard. And those two items of evidence are ruled then, to be inadmissible.

The trial judge found as a fact that the accused did not have notice of the second sample before being served with the CQT. Although the appellant had been told of the second sample at the hospital, this did not constitute notice due to his injury and disorientation, and the fact that the oral notice was only a conversation among a whole lot of other conversation.

With the exclusion of the CA the “over 80” charge fell because there was no other evidence of the appellant’s blood alcohol concentration. Ultimately the appellant was acquitted on all charges.

Alberta Court of Appeal (1991), 120 A.R. 360, McClung J.A., Kerans and Egbert J.J.A., concurring

McClung J.A. rejected Egger’s contention that an application in court by the accused for the second sample was a necessary precondition to the

procès, donné à l’autre partie un avis raisonnable de son intention et une copie du certificat.

Les juridictions inférieures

La Cour provinciale de l’Alberta, le juge Reilly, le 21 septembre 1990

Le juge Reilly a refusé de recevoir en preuve le CA ou le CTQ parce que le CTQ avait été signifié à l’appelant la veille de son procès, même si le ministère public avait eu la possibilité de le faire lors du prélèvement des échantillons. Puisque seul le CTQ mentionnait l’existence du second échantillon, le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] ... [l’appelant] n’a jamais reçu l’avis écrit qu’il existait un second échantillon de sang qu’il aurait pu faire analyser. De plus, je conclus que cette omission constitue une abrogation de son droit de présenter une défense pleine et entière et que — à cause de cela, la pièce 2 [le CTQ] n’est pas présentée régulièrement en preuve, et c’est le cas également de la pièce 3 [le CA], parce que l’appelant ne disposait pas des renseignements qui lui auraient donné la possibilité suffisante de se défendre. C’est pourquoi, je conclus que ces deux éléments de preuve ne sont pas recevables.

Le juge du procès a tenu pour avéré que l’accusé n’a pas été avisé de l’existence du second échantillon avant qu’on lui ait signifié le CTQ. Bien qu’on lui ait parlé d’un second échantillon à l’hôpital, cela ne constituait pas un avis en raison de sa blessure et de sa désorientation et du fait que l’avis verbal a été donné dans le cadre d’une conversation faisant partie de nombreuses autres.

La décision d’exclure le CA a entraîné le retrait de l’accusation d’alcoolémie de «plus de 80 mg» parce qu’il n’y avait pas d’autres éléments de preuve sur l’alcoolémie de l’appelant. Finalement, l’appelant a été acquitté relativement à toutes les accusations.

La Cour d’appel de l’Alberta (1991), 120 A.R. 360, le juge McClung, avec l’appui des juges Kerans et Egbert

Le juge McClung a rejeté l’argument de l’appelant que la demande de l’accusé au tribunal en ce qui concerne le second échantillon était une condi-

statutory presumption in s. 258(1)(d) of the *Criminal Code*. He held at p. 366 that if the accused were given a right of control over the use of the presumption simply by not requesting the release of one of the samples within three months of their taking, "one suspects that the statutory provisions which guide it might have said so and in explicit terms". McClung J.A. held that such an interpretation went against the legislative intent, and rejected the holding of Lambert J.A. in *R. v. Aujsla* (1989), 47 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.), that a request by the accused was a prerequisite for the use of the presumption. He concluded at p. 368 that s. 258(1)(d) does not endow the accused with "a silent veto over the later use of certificate evidence arising from the analysis of the first sample".

McClung J.A., at p. 367, rejected as speculation the trial judge's finding of fact that the accused might not have understood the oral notice police gave him concerning the second sample immediately after the accident:

I think the following facts are relevant. Egger was told, after inquiry, of the availability of the second sample for his use or that of his lawyer. The judge speculated that he might not have understood this but Egger did not say that. This all took place on March 24, 1989, [sic], at the Calgary General Hospital and before the samples were taken. On May 22, 1990 he was served with a Certificate of Analysis which told him of the results of the analysis as well as its intended use at his trial. That trial took place on September 21, 1990, some four months later, a period within which it was not unreasonable for him to obtain the second sample if he disputed the accuracy of the laboratory analysis of the first sample. Clearly Egger was served with the Certificate of Analysis within the three month window set out in s. 258(1)(d)(i). On the proven facts I do not see that Egger was either unfairly treated (apart from his unnecessary arrest) or left uninformed about what he was facing from the Crown.

tion préalable nécessaire à l'application de la présomption prévue à l'al. 258(1)d) du *Code criminel*. Il a conclu, à la p. 366, que si l'accusé avait le contrôle de l'application de la présomption simplement en n'exigeant pas la remise de l'un des échantillons dans les trois mois de leur prélèvement, [TRADUCTION] «on pourrait croire que les dispositions législatives qui la régissent l'auraient prévu de façon explicite». Le juge McClung a déterminé qu'une telle interprétation irait à l'encontre de l'intention du législateur et a rejeté la conclusion du juge Lambert dans *R. c. Aujsla* (1989), 47 C.C.C. (3d) 481 (C.A.C.-B.), selon laquelle la demande de l'accusé était une condition préalable à l'application de la présomption. Il a conclu, à la p. 368, que l'al. 258(1)d) ne confère pas à l'accusé [TRADUCTION] «un veto silencieux sur l'utilisation ultérieure comme preuve du certificat découlant de l'analyse du premier échantillon».

Le juge McClung a rejeté comme pure hypothèse, à la p. 367, la conclusion de fait du juge du procès que l'accusé pouvait ne pas avoir compris l'avis verbal que le policier lui a donné immédiatement après l'accident concernant le second échantillon de sang:

[TRADUCTION] À mon avis, les faits suivants sont pertinents. Egger a été mis au courant, après qu'il l'eût demandé, de la possibilité pour son avocat ou pour lui-même d'utiliser le second échantillon. Le juge a présumé qu'Egger pouvait ne pas l'avoir compris mais ce dernier ne l'a pas dit. Ces événements se sont produits le 24 mars 1989 [sic] au Calgary General Hospital et avant le prélèvement des échantillons. Le 22 mai 1990, un certificat d'analyse lui a été signifié qui lui faisait part des résultats de l'analyse et de l'utilisation qui en serait faite lors de son procès. Ce procès a eu lieu le 21 septembre 1990, environ quatre mois plus tard, une période pendant laquelle il aurait raisonnablement pu obtenir le second échantillon s'il contestait la précision de l'analyse en laboratoire du premier. De toute évidence, le certificat d'analyse a été signifié à Egger dans le délai de trois mois prévu au sous-al. 258(1)d)(i). Il ne ressort pas des faits qui ont été démontrés qu'Egger a été traité injustement (exception faite de son arrestation inutile) ou qu'il n'a pas été informé des accusations que le ministère public retenait contre lui.

Point in Issue

The issue in this appeal is the proper interpretation of subpara. (i) of s. 258(1)(d). As indicated at the outset, two questions arise for determination. First, what must the prosecution disclose to the accused, and when must it do so, in order to have the benefit of the presumption? Second, what, if any, action by the accused to obtain the second sample is necessary before the presumption is available?

Analysis

Before dealing with these questions, two preliminary points should be resolved.

1. *The Appellant Did Not Have Notice of the Second Sample*

The trial judge found as a fact that before the service of the CQT, the appellant did not receive notice so as to make him aware that a second sample was taken which was available for testing by him or on his behalf. The Court of Appeal overturned this finding of fact. It was not empowered to do so, however. The Crown's appeal to the Court of Appeal from the acquittal of the appellant was limited to questions of law alone: *Criminal Code*, s. 676(1)(a). There is no suggestion that the trial judge's finding amounted to an error of law. Since there was evidence which, if accepted, supported this finding, it could not be characterized as speculation. Therefore, I must proceed on the basis that the accused had no notice of the availability of the second sample until the day before his trial.

2. *Availability of the Presumption and Admissibility of the Certificates*

As I observed when setting out the relevant statutory provisions above, the availability of the presumption and the admissibility of the CA and CQT as evidence are two separate questions. The admissibility of the CA and CQT does not depend on meeting the conditions for the presumption. Unfortunately, there appears to be some confusion of the

La question en litige

La question soulevée en l'espèce porte sur la bonne interprétation du sous-al. (i) de l'al. 258(1)d). Comme je l'ai indiqué au début, il faut trancher deux questions. Premièrement, qu'est-ce que la poursuite doit révéler à l'accusé, et à quel moment doit-elle le faire, pour pouvoir jouir de l'avantage de la présomption? Deuxièmement, le cas échéant, quelle mesure l'accusé doit-il prendre pour obtenir le second échantillon avant que la présomption ne s'applique?

Analyse

Avant de traiter ces questions, il convient de trancher deux points préliminaires.

1. *L'appellant n'a pas été avisé de l'existence du second échantillon*

Le juge du procès a tenu pour avéré que, avant la signification du CTQ, l'appellant n'avait pas reçu d'avis qui l'aurait mis au courant du prélèvement d'un second échantillon qu'il aurait pu utiliser pour l'analyser ou le faire analyser. La Cour d'appel a infirmé cette conclusion de fait. Toutefois, elle n'avait pas le pouvoir de le faire. L'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'appellant était limité à des questions de droit seulement: *Code criminel*, al. 676(1)a). Rien ne donne à entendre que la conclusion du juge du procès équivalait à une erreur de droit. Comme il y avait des éléments de preuve qui, s'ils avaient été admis, auraient appuyé cette conclusion, celle-ci ne pouvait être qualifiée d'hypothèse. Par conséquent, je dois me fonder sur le fait que l'accusé n'a pas été avisé de la disponibilité du second échantillon avant la veille de son procès.

2. *Disponibilité de la présomption et recevabilité des certificats*

Comme je l'ai fait remarquer lorsque j'ai exposé précédemment les dispositions législatives pertinentes, la disponibilité de la présomption et la recevabilité du CA et du CTQ à titre de preuve sont deux questions distinctes. La recevabilité du CA et du CTQ ne dépend pas du fait que les conditions en matière de présomption ont été remplies.

two issues, and this is particularly apparent in the decisions below in the present case. McClung J.A. appears to have equated unavailability of the presumption with inadmissibility of the CQT when he said, at pp. 364-65:

If we were to read s. 258(1)(d)(i) as [counsel for the appellant Egger] urges, the blood samples and evidence of their content, although patently relevant to the case, could not be evidence unless the accused had firstly, requested release of one of the samples within three months of their taking and, secondly, that the release had been ordered by a court under s. 258(4).

Admissibility of the certificates of analysis and qualified technician, on the contrary, is governed by ss. 258(7), which says that they are admissible if reasonable notice of the intent to produce them and copies of them are given to the accused, and ss. 258(1)(h)(iii) (CQT) and 258(1)(i) (CA) which say that the certificates are evidence of the factual allegations therein without formal proof of the authenticity of the documents.

Notice of the Crown's intention to introduce the CQT, and a copy thereof, were only given to the appellant on the afternoon of the day before the trial. The respondent notes that two days' notice has been held reasonable (*R. v. Frizzell* (1971), 5 C.C.C. (2d) 499 (N.S.C.A.) (dealing with production of a CA in a breathalyser case)). The trial judge held that the appellant was not given reasonable notice of the CQT, and in arriving at this conclusion he stressed the facts that the usual practice of serving the CQT or CQMP at the time the sample is taken was not followed, and that the Crown failed without excuse to use the ample subsequent opportunity to execute and serve the certificate well in advance of the trial. This finding is supported in the evidence and it was well within the trial judge's judicial discretion to find that service of the CQT the afternoon before the trial did not in the circumstances constitute reasonable notice as required by s. 258(7). The trial judge's ruling that the CQT was inadmissible should therefore be restored. This makes no practical difference to the

Malheureusement, il paraît y avoir entre les deux questions, une certaine confusion qui ressort particulièrement des décisions des tribunaux d'instance inférieure en l'espèce. Le juge McClung paraît avoir fait correspondre la non-disponibilité de la présomption avec la non-recevabilité du CTQ lorsqu'il a dit, aux pp. 364 et 365:

[TRADUCTION] Si l'on devait interpréter le sous-al. 258(1)d(i) comme le soutient [l'avocat de l'appellant Egger], les échantillons de sang et la preuve de leur composition, bien que manifestement pertinents en l'espèce, ne pourraient constituer des éléments de preuve à moins que l'accusé n'ait d'abord demandé la remise de l'un des échantillons dans les trois mois de leur prélèvement et, deuxièmement, que la remise n'ait été ordonnée par un tribunal aux termes du par. 258(4).

La recevabilité des certificats d'analyse et de ceux d'un technicien qualifié, au contraire, est régie par le par. 258(7), selon lequel ils sont recevables si un avis raisonnable de l'intention de les produire est donné à l'accusé ainsi que des copies de ceux-ci, et par le sous-al. 258(1)h(iii) (CTQ) et l'al. 258(1)(i) (CA) selon lesquels les certificats font foi des allégations de fait sans preuve formelle de l'authenticité des documents.

L'avis de l'intention du ministère public de présenter le CTQ, et une copie de celui-ci, n'ont été donnés à l'appellant que dans l'après-midi qui a précédé le jour du procès. L'intimée fait remarquer qu'un délai de deux jours a été jugé raisonnable (*R. c. Frizzell* (1971), 5 C.C.C. (2d) 499 (C.A.N.-É.) (qui traite de la production d'un CA dans une affaire d'ivressomètre)). Le juge du procès a conclu que l'appellant n'a pas eu un avis suffisant du CTQ et, en arrivant à cette conclusion, il a souligné le fait que la pratique habituelle de la signification du CTQ ou du CMQ au moment du prélèvement n'a pas été suivie et que le ministère public a omis, sans excuse, de signifier le certificat dans le délai amplement suffisant bien avant le procès. Cette conclusion est appuyée par la preuve, et le juge du procès pouvait très bien en vertu de son pouvoir discrétionnaire conclure que la signification du CTQ l'après-midi qui a précédé le procès ne constituait pas dans les circonstances un avis raisonnable aux termes du par. 258(7). Par conséquent, il convient de rétablir la décision du juge du

outcome, though, since the qualified technician testified at the trial.

The CA is a different story, however. It was served long in advance of the trial, and there is no reason to doubt its admissibility. The trial judge cited no independent ground for excluding it. Rather, it was excluded directly on the heels of the CQT. The admissibility of the two documents should have been considered separately. Service of the CA four months before the trial constituted, in my view, reasonable notice, and the trial judge thus erred in excluding the CA.

It was necessary for the sake of clarifying the issues to deal with these questions of admissibility at the outset. I must re-emphasize that my holding on the admissibility of the certificate evidence has no influence on the availability of the statutory presumption in s. 258(1)(d), which is the main issue in this appeal and to which I now turn. I will return to the implications of my holdings on admissibility at the conclusion of my reasons.

3. *The First Issue: Notice Requirements of Section 258(1)(d)(i)*

The Crown submitted that s. 258(1)(d) does not require that the accused be advised in writing or by any other means of the existence of a second sample which is available for independent examination at his or her request within three months of the time the sample was taken. While the accused has the right to production of the sample on request within three months, Crown counsel argued that nothing requires the Crown to tell the accused of this right. The Court of Appeal held that having been charged and served with the CA within the three months, and in light of the other circumstances, the appellant was aware of the Crown's intentions and the presumption was available.

The interpretation of s. 258(1)(d) must be approached keeping in mind the accused's right to

procès selon laquelle le CTQ n'était pas recevable. Toutefois, une telle conclusion n'entraîne pratiquement pas de différence quant au résultat parce que le technicien qualifié a témoigné au procès.

Toutefois, la situation est différente en ce qui a trait au CA. Il a été signifié bien avant le procès et il n'y a aucun motif de douter de sa recevabilité. Le juge du procès n'a cité aucun motif distinct pour l'exclure. Il a plutôt été exclu directement à la suite du CTQ. La recevabilité des deux documents aurait dû être examinée séparément. La signification du CA quatre mois avant le procès constituait, à mon avis, un avis raisonnable et, par conséquent, le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il l'a exclu.

Il était nécessaire pour clarifier les questions en litige de traiter d'abord de ces questions de recevabilité. Je dois souligner à nouveau que ma conclusion sur la recevabilité de la preuve par certificat n'a pas d'influence sur la possibilité de faire valoir la présomption prévue à l'al. 258(1)d, qui constitue la question principale dans le présent pourvoi et que j'examine maintenant. Je reviendrai aux conséquences de mes conclusions sur la recevabilité à la fin de mes motifs.

3. *La première question: les exigences du sous-al. 258(1)d(i) en matière d'avis*

Le ministère public soutient que l'al. 258(1)d n'exige pas que l'accusé soit avisé par écrit, ou par tout autre moyen, de l'existence d'un second échantillon de sang qu'il peut demander dans les trois mois de la date du prélèvement pour le faire analyser. Bien que l'accusé ait le droit qu'on lui remette l'échantillon sur demande dans un délai de trois mois, le substitut du procureur général a soutenu que le ministère public n'est pas tenu de faire part à l'accusé de ce droit. La Cour d'appel a conclu que, comme l'appelant a été accusé et qu'on lui a signifié le CA dans le délai de trois mois, et compte tenu des autres circonstances, il était au courant des intentions du ministère public et la présomption pouvait être invoquée.

On doit interpréter l'al. 258(1)d en se rappelant que l'accusé a droit à une défense pleine et entière.

make full answer and defence. It must be interpreted, where reasonably possible, in accordance with the principle underlying this Court's decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, that the Crown has a duty to disclose to the accused all information reasonably capable of affecting the accused's ability to make full answer and defence, and to do so early enough to leave the accused adequate time to take any steps he or she is expected to take that affect or may affect such right. This obligation has constitutional underpinnings deriving from s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which reflect

the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. [*Stinchcombe*, *supra*, at p. 336.]

The Crown's disclosure obligation is subject to a discretion, the burden of justifying the exercise of which lies on the Crown, to withhold information which is clearly irrelevant or the nondisclosure of which is required by the rules of privilege, or to delay the disclosure of information out of the necessity to protect witnesses or complete an investigation: *Stinchcombe*, *supra*, at pp. 335-36, 339-40. As was said in *Stinchcombe*, *supra*, at p. 340, "[i]nasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule".

The trial judge reviewing the Crown's disclosure decisions, and by backward extension the Crown itself in exercising its discretion,

should be guided by the general principle that information ought not to be withheld if there is a reasonable possibility that the withholding of information will impair the right of the accused to make full answer and

L'interprétation doit, lorsque c'est raisonnablement possible, être conforme au principe qui sous-tend l'arrêt de notre Cour *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, selon lequel le ministère public est tenu de communiquer à l'accusé tous les renseignements qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir un effet sur sa capacité d'avoir une défense pleine et entière, et de le faire assez tôt pour laisser à l'accusé suffisamment de temps pour prendre les mesures qu'il est susceptible de prendre et qui ont un effet sur ce droit ou peuvent en avoir un. Cette obligation a des fondements constitutionnels qui découlent de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui font ressortir

la crainte prépondérante que la non-divulgence n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [*Stinchcombe*, précité, à la p. 336.]

L'obligation de divulgation qu'a le ministère public est assujettie à un pouvoir discrétionnaire, dont la justification lui incombe, de retenir les renseignements qui, de toute évidence, ne sont pas pertinents ou dont la non-divulgence est exigée par les règles en matière de privilège, ou de retarder la divulgation de renseignements lorsque cela est nécessaire pour protéger des témoins ou pour terminer une enquête: *Stinchcombe*, précité, aux pp. 335 et 336, 339 et 340. Ainsi qu'on le souligne dans cet arrêt à la p. 340, «[c]omme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle».

Le juge du procès qui effectue un contrôle des décisions du ministère public en matière de divulgation, et par extension, du ministère public lui-même dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire,

doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgence porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une

defence, unless the non-disclosure is justified by the law of privilege. [*Stinchcombe*, at p. 340.]

One measure of the relevance of information in the Crown's hands is its usefulness to the defence: if it is of some use, it is relevant and should be disclosed—*Stinchcombe*, *supra*, at p. 345. This requires a determination by the reviewing judge that production of the information can reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise in making a decision which may affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence.

Finally, as to the timing of disclosure, the Court held in *Stinchcombe* that initial disclosure should occur before the accused is called upon to elect the mode of trial or to plead. The reason for this was that "[t]hese are crucial steps which the accused must take which affect his or her rights in a fundamental way" (at p. 342). This reasoning does not apply just to the fundamental steps of election or pleading, but to any situation in which the accused is expected to take steps which affect or may affect his or her right to make full answer and defence. The Crown's disclosure obligation in such circumstances extends at least to the disclosure of information which is relevant and necessary for the accused to make a decision whether or not to take such steps.

Applying the foregoing principles to the interpretation of the statutory presumption in s. 258(1)(d), the legislation requires, in my view, that the accused have knowledge of the charge against him or her, the analysis evidence upon which the Crown intends to rely and the existence of a second sample available for testing by him before the presumption becomes available. This holding is a natural extension of the existing case law and is necessary to make the accused's statutory right to demand the second sample meaning-

défense pleine et entière, à moins que cette non-divulgateion ne se justifie par le droit au secret. [*Stinchcombe*, précité, à la p. 340.]

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense: s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué—*Stinchcombe*, précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

Enfin, en ce qui concerne le moment de la divulgation, la Cour a jugé dans l'arrêt *Stinchcombe* que la communication initiale de la preuve devrait avoir lieu avant que l'accusé ne soit appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer. Le motif à l'appui de cette position était que «[c]e sont des mesures cruciales que doit prendre l'accusé et qui influent de façon fondamentale sur ses droits» (aux pp. 342 et 343). Ce raisonnement ne s'applique pas seulement aux étapes fondamentales du choix ou du plaidoyer, mais à toute situation dans laquelle l'accusé est susceptible de prendre des mesures qui pourraient avoir un effet sur son droit à une défense pleine et entière. L'obligation de communication du ministère public dans de telles circonstances s'applique au moins à la divulgation de renseignements qui sont pertinents et nécessaires pour que l'accusé puisse décider de prendre ou non ces mesures.

Si l'on applique les principes qui précèdent à l'interprétation de la présomption prévue à l'al. 258(1)d), à mon avis, cette disposition exige que l'accusé soit au courant de l'accusation qui est portée contre lui, de l'analyse que le ministère public a l'intention de présenter comme preuve et de l'existence d'un second échantillon qu'il peut soumettre à une analyse, avant que la présomption puisse être invoquée. Cette conclusion découle naturellement de la jurisprudence actuelle et est nécessaire pour donner un sens au droit qu'a l'ac-

ful. The statutory right to demand and have production of the second sample is contained in s. 258(1)(d)(i) and (4), reproduced above. The right to obtain the second sample is a reflection of the concern of Parliament both with regard to the potential conclusiveness of this form of evidence and its source. The combined operation of the various statutory provisions relating to impaired driving often results in the conviction of the accused on the basis of several certificates. The basis of these certificates is a body substance emanating from the accused. Since a certificate cannot be cross-examined, the only line of defence is the ability on the part of the accused to conduct his or her own test of the sample. The right to a sample must, therefore, have been intended to be a meaningful right to be exercised or waived on the basis of relevant basic information.

The case law has developed in this direction. In *R. v. Aujla, supra*, the majority of the British Columbia Court of Appeal held that the Crown could not rely on the presumption where, although a Certificate of Qualified Medical Practitioner (CQMP) was served on the accused when the samples were taken, the CA and the summons were not served within three months. The CQMP serves basically the same purpose as the CQT, depending on whether a nurse or a doctor draws the blood samples. Like the CQT, the CQMP states, *inter alia*, that there is a second sample available to the accused. Taggart J.A. held at p. 487 (Toy J.A., concurring) that:

Section 241(1)(d) [258(1)(d)] imposes no obligations on the [accused]. If the person from whom the two samples of blood are taken wishes to have one of them analyzed he must act under s. 241(4) [258(4)] within three months of the taking of the samples. As I view the matter, his decision to do so must be one made on the basis of information as to what, if any, charges he faces and what, if any, evidence by way of an analyst's certificate is relied on by the Crown as supporting its allegations.

cusé, prévu dans la loi, de demander le second échantillon. Ce droit est prévu au sous-al. 258(1)(d)(i) et au par. (4), reproduits précédemment. Le droit d'obtenir le second échantillon représente la préoccupation du législateur à l'égard du caractère probant possible de cette forme de preuve et de la source de celle-ci. L'application combinée des diverses dispositions législatives relatives à la conduite avec facultés affaiblies entraîne souvent la déclaration de culpabilité de l'accusé sur le fondement de plusieurs certificats. Ces certificats portent sur une substance corporelle qui provient de l'accusé. Étant donné qu'un certificat ne peut faire l'objet d'un contre-interrogatoire, le seul moyen de défense pour l'accusé est la possibilité de faire effectuer sa propre analyse de l'échantillon. Par conséquent, le droit d'obtenir un échantillon doit avoir été conçu comme un droit important qui peut être exercé ou auquel il est possible de renoncer sur le fondement de renseignements de base pertinents.

La jurisprudence a évolué dans ce sens. Dans l'arrêt *R. c. Aujla*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a conclu que le ministère public ne pouvait pas se fonder sur la présomption lorsque le CA et l'assignation n'ont pas été signifiés dans les trois mois, même si le certificat d'un médecin qualifié (CMQ) a été signifié à l'accusé au moment du prélèvement. Le CMQ a pratiquement le même but que le CTQ, selon que c'est un infirmier ou un médecin qui a effectué le prélèvement des échantillons de sang. Le CMQ, comme le CTQ, indique notamment que l'accusé peut obtenir un second échantillon. Le juge Taggart a conclu (avec l'appui du juge Toy), à la p. 487:

[TRADUCTION] L'alinéa 241(1)d) [258(1)d)] n'impose aucune obligation à [l'accusé]. La personne de qui les deux échantillons ont été prélevés qui veut en faire analyser un doit agir, en application du par. 241(4) [258(4)], dans les trois mois du prélèvement. Selon mon interprétation de la question, la décision de cette personne doit être prise sur le fondement de renseignements concernant les accusations portées contre lui, s'il y a lieu, et les éléments de preuve constitués par le certificat de l'analyste sur lesquels, le cas échéant, se fonde le ministère public pour appuyer ses allégations. Avant d'avoir

Until he has such information he cannot make an informed decision.

In *R. v. Montgomery* (1992), 70 C.C.C. (3d) 229 (Ont. C.A.), the Ontario Court of Appeal agreed with Taggart J.A. In that case the accused was not served with the summons, CA or CQMP within the three-month period and, even though the delay was for compassionate reasons, the Crown was denied the presumption for the following reasons at pp. 237-38:

Given the factual circumstances of this case, as the summary conviction appeal court judge properly concluded, the respondent cannot be said to have received notice either of the charges that had been or were to be brought against him, or of the analyst's certificate in support of those charges upon which the Crown intended to rely as evidence, before the expiration of the period during which the statutory right to production must be exercised.

In my opinion, the respondent was not obliged to decide in advance of such notification whether or not to request a blood sample. At that stage, he had no practical reason to make such a request, and could not reasonably be expected to do so. A decision of this nature will realistically depend on an accused's knowledge of the precise charges he or she faces and the certificate evidence upon which the Crown proposes to rely. The fact that service of the summons or the certificate may have been delayed for compassionate reasons seems to me immaterial in construing provisions of a penal statute which confer rights on an accused that can only be exercised within a specific time period. Since that time period had passed before the respondent in this case was made aware of the charges against him and the certificate evidence upon which the Crown relied, and since he, therefore, was not in a position within the three-month period set by the *Code* to make an informed decision on whether to exercise his right to request production of one of his blood samples, he was effectively denied the opportunity of invoking the procedure required to obtain the mandatory release of the sample to which he was clearly entitled under s. 258(1)(d).

The court rejected the Crown's argument that this holding would place an effective three-month limitation period on "over 80" charges. As the court held in that case, these requirements only affect the

obtenu ces renseignements, cette personne ne peut prendre une décision éclairée.

Dans l'arrêt *R. c. Montgomery* (1992), 70 C.C.C. (3d) 229 (C.A. Ont.), la Cour d'appel de l'Ontario a exprimé son accord avec le juge Taggart. Dans cet arrêt, l'assignation, le CA ou le CMQ n'ont pas été signifiés à l'accusé dans la période de trois mois et, même si le retard résultait de motifs d'ordre humanitaire, le ministère public n'a pas pu faire valoir la présomption pour les motifs suivants (aux pp. 237 et 238):

[TRADUCTION] Compte tenu des faits de l'espèce, comme le juge de la Cour d'appel des poursuites sommaires l'a conclu à bon droit, on ne peut dire que l'intimé a reçu une signification des accusations qui ont été portées contre lui ou devaient l'être ni du certificat de l'analyste à l'appui de ces accusations que le ministère public avait l'intention de présenter comme preuve, avant l'expiration de la période au cours de laquelle le droit à la remise prévu par la loi doit être exercé.

À mon avis, l'intimé n'était pas tenu, avant de recevoir un tel avis, de décider s'il devait ou non demander un échantillon de sang. À ce stade, il n'avait aucune raison pratique de le faire et on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il le fasse. De façon réaliste, une telle décision dépend de la connaissance qu'a l'accusé des accusations précises portées contre lui et de la preuve par certificat sur laquelle le ministère public envisage de se fonder. Le fait que la signification de l'assignation ou du certificat ait pu être retardée pour des motifs d'ordre humanitaire ne me semble pas important pour interpréter les dispositions d'une loi à caractère pénal qui confèrent des droits à un accusé qui ne peuvent être exercés que dans un délai précis. Comme le délai s'est écoulé en l'espèce avant que l'accusé ait été avisé des accusations portées contre lui et de la preuve par certificat sur laquelle le ministère public s'est fondé, et puisque, par conséquent, il n'était pas en mesure, dans le délai de trois mois prévu par le *Code*, de décider en pleine connaissance de cause s'il devait exercer son droit de demander la remise de l'un des échantillons de son sang, on lui a en fait, nié la possibilité d'invoquer la procédure prévue pour obtenir la remise obligatoire de l'échantillon auquel il avait clairement droit aux termes de l'al. 258(1)d).

La cour a rejeté l'argument du ministère public que cette décision imposerait un délai de prescription strict de trois mois dans le cas des accusations d'alcoolémie de «plus de 80 mg». Comme la cour

availability of the presumption (see pp. 238-39). They do not affect admissibility of the certificate evidence and thus do not preclude the successful prosecution of "over 80" charges in the event that the presumption is unavailable.

The case of *R. v. Corning* (1987), 81 N.S.R. (2d) 53 (C.A.), is not inconsistent with these principles. There the accused was tried within three months, after having been served with the summons, CA and CQT. He argued that the presumption could not arise because the three months in which he could apply for the second sample had not expired and he had not yet requested the sample. That contention was rejected. Putting the facts of the case in terms of the requirements enunciated in the above cases, the accused had notice of the charges and the certificate evidence and thus had the opportunity to make an informed decision. His failure to choose to demand the sample should not deprive the Crown of the presumption, a point which I will discuss further below.

The Court of Appeal in this case did not dispute the correctness of these principles, but actually cited them with approval. McClung J.A. held that the presumption's notification conditions were satisfied in this case, in that the appellant was served with the summons and the CA within the three-month period and that in any event he did have actual knowledge of the availability of the second sample by virtue of his discussion with the constable at the hospital. As I have held that the trial judge's finding that the appellant did not have notice of the second sample should not be disturbed, the question is reduced to whether notice of the charges and the analyst's certificate within the three months is sufficient to allow the Crown the benefit of the statutory presumption.

l'a conclu dans cet arrêt, ces exigences ne touchent que la possibilité d'invoquer la présomption (voir les pp. 238 et 239). Elles n'ont pas d'effet sur la recevabilité de la preuve par certificat et, par conséquent, elles n'empêchent pas de poursuivre avec succès les accusations d'alcoolémie de «plus de 80 mg» dans le cas où on ne peut faire valoir la présomption.

a

L'arrêt *R. c. Corning* (1987), 81 N.S.R. (2d) 53 (C.A.) est conforme à ces principes. Dans cette affaire, l'accusé a subi son procès dans un délai de trois mois après avoir reçu la signification de l'assignation, du CA et du CTQ. Il a soutenu que la présomption ne pouvait pas être appliquée parce que le délai de trois mois à l'intérieur duquel il pouvait demander le second échantillon n'avait pas pris fin et qu'il n'avait pas encore demandé l'échantillon. Cet argument a été rejeté. Si l'on examine les faits de l'espèce au regard des exigences énoncées dans les arrêts mentionnés précédemment, l'accusé avait été avisé des accusations et de la preuve par certificat et avait donc eu la possibilité de prendre une décision éclairée. Le fait qu'il n'a pas demandé l'échantillon ne devrait pas priver le ministère public de la possibilité de faire valoir la présomption, un point que j'examinerai plus loin.

b

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas contesté la justesse de ces principes, mais les a, en fait, cités en les approuvant. Le juge McClung a conclu que les conditions en matière d'avis relatives à la présomption ont été respectées en l'espèce, parce que l'assignation et le CA ont été signifiés à l'appelant à l'intérieur du délai de trois mois et que, de toute façon, il savait, par suite de sa conversation avec l'agent à l'hôpital, qu'il pouvait demander le second échantillon. Comme j'ai conclu qu'il ne fallait pas modifier la décision du juge du procès que l'appelant n'avait pas été mis au courant de l'existence du second échantillon, la question se résume à déterminer si la signification des chefs d'accusation et du certificat de l'analyste dans les trois mois est suffisante pour permettre au ministère public d'invoquer la présomption prévue par la loi.

c

d

e

f

g

h

i

j

I conclude that service of the CA and notice of the precise charges are not exhaustive of the notice requirements under s. 258(1)(d). The rationale behind the holdings in *Aujla* and *Montgomery*, *supra*, is that the accused must have sufficient information to make an informed decision as to the exercise of the right to demand the second sample. In *Aujla* the accused had already been served with the CQMP so the issue of the effect of absence of notice of the second sample did not arise. In *Montgomery*, none of the relevant information had been communicated to the accused, and the failure to serve the CA and summons was a sufficient ground for the holding in that case. Neither case precludes, in my view, holding that the accused must know that there is a sample available to him or her in order to exercise his or her right intelligently. Indeed, such knowledge is basic to the right: how can the accused make an informed decision without knowledge of the existence of the very thing to which he or she has a right of access? If the accused is unaware of the existence of the sample, the very purpose of his or her statutory right — to give him or her the benefit of independent analysis is, as the appellant submits, thwarted.

What is required, then, for the presumption of the blood alcohol level at the time of driving to arise (subject to satisfaction of the other conditions spelled out in s. 258(1)(d)), is that the accused have notice within the three-month window that he or she is charged with an impaired driving offence, that the Crown has had a sample of the accused's blood analyzed and that a second sample was taken and is available to permit an analysis of it by or on behalf of the accused. To put it more simply, the accused must have notice that a second sample is available for testing and that there is reason (consisting in the jeopardy of criminal charges and the results of the Crown's blood sample analysis) to obtain it. Service of the CA and summons do not meet this requirement because neither document refers to the existence or availability for testing of the second sample.

Je suis d'avis que la signification du CA et des chefs d'accusation précis ne satisfait pas entièrement aux exigences en matière d'avis que prévoit l'al. 258(1)d). Le raisonnement qui sous-tend les arrêts *Aujla* et *Montgomery*, précités, est que l'accusé doit avoir suffisamment de renseignements pour prendre une décision éclairée quant à l'exercice du droit de demander le second échantillon. Dans l'arrêt *Aujla*, l'accusé avait déjà reçu la signification du CMQ de manière qu'il n'a pas soulevé l'effet de l'absence d'avis relatif au second échantillon. Dans l'arrêt *Montgomery*, l'accusé n'avait reçu aucun des renseignements pertinents et le défaut de signifier le CA et l'assignation constituait une justification suffisante de la conclusion dans cette affaire. À mon avis, ces arrêts n'empêchent pas de conclure que, pour exercer son droit de façon intelligente, l'accusé doit savoir qu'il peut obtenir un échantillon. En fait, une telle connaissance est fondamentale à l'exercice du droit: comment l'accusé peut-il prendre une décision éclairée sans connaître l'existence de la chose même qu'il peut demander? Si l'accusé n'est pas au courant de l'existence de l'échantillon, le but véritable de ce droit que confère la loi — d'avoir l'occasion d'effectuer une analyse indépendante — est, comme le soutient l'appellant, contrecarré.

Alors, pour que la présomption de l'alcoolémie au moment de la conduite s'applique (sous réserve du respect des autres conditions que prévoit l'al. 258(1)d)), il est nécessaire que l'accusé soit mis au courant dans la période de trois mois qu'il est accusé de conduite avec facultés affaiblies, que le ministère public a effectué une analyse d'un échantillon de son sang et qu'un autre échantillon a été prélevé qui peut être analysé par lui ou pour son compte. Plus simplement, l'accusé doit savoir qu'il existe un second échantillon de sang à partir duquel il peut faire effectuer une analyse et qu'il y a des motifs (qui sont la possibilité d'accusations criminelles et les résultats de l'analyse d'un échantillon de sang par le ministère public) pour l'obtenir. La signification du CA et de l'assignation ne satisfait pas à cette exigence parce que ces documents ne mentionnent pas l'existence du second échantillon ni le fait qu'il peut être analysé.

This is consonant with the Crown's disclosure obligation as enunciated in *Stinchcombe*, *supra*. The existence and availability for testing of the second sample is clearly information that is reasonably capable of being used to test the Crown's case. Indeed, in this type of case, it is a statutory substitute for the right which would otherwise exist to cross-examine an expert witness. The accused is placed in a situation in which he or she is expected to take steps which affect or may affect his or her right to make full answer and defence: within the three-month period the accused may demand production as of right of a blood sample which may provide evidence to rebut the presumption in s. 258(1)(d). Moreover, an interpretation of the legislation favouring early disclosure of the availability of the sample is consistent with another point made in *Stinchcombe*, *supra*, at p. 334: in a significant portion of cases, access to the second sample will save time and expense by demonstrating the strength or weakness of the Crown's case and encouraging guilty pleas or withdrawal of charges, as the case may be.

Furthermore, it was suggested in argument that the accused's right to make full answer and defence might be irreparably prejudiced if the accused were not notified of the existence of the second sample before the three months pass by, since after that time the Crown may destroy the samples: *Corning*, *supra*, at p. 54. The *Code* only requires the second sample to be retained for three months, after which time the accused does not have a statutory right of access to it and there is no further statutory obligation to retain it. There may, however, be an obligation to retain the sample beyond the three-month period based on the disclosure requirement resulting from *Stinchcombe* referred to above. Accordingly, if the sample is retained for a longer period, the accused may be able to move for production of it in the discretion of a judge under s. 605(1) of the *Code*, which

Cette situation est conforme à l'obligation de divulgation du ministère public énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité. De toute évidence, l'existence du second échantillon et la possibilité de l'analyser sont, de toute évidence, des renseignements qui peuvent raisonnablement être utilisés pour vérifier le bien-fondé des arguments du ministère public. En fait, dans ce genre d'affaire, il s'agit d'un remplacement prévu par la loi du droit qui existerait autrement de contre-interroger un témoin expert. L'accusé est placé dans une situation dans laquelle on s'attend à ce qu'il prenne des mesures qui ont un effet réel ou éventuel sur son droit à une défense pleine et entière: dans le délai de trois mois, l'accusé peut demander de plein droit la remise d'un échantillon de sang susceptible de constituer une preuve pour réfuter la présomption que prévoit l'al. 258(1)d). Qui plus est, une interprétation de la disposition législative favorable à la communication hâtive de la possibilité d'utiliser le second échantillon correspond à un autre argument soulevé dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 334: dans un grand nombre de cas, l'accès au second échantillon permettra d'épargner du temps et de l'argent par la démonstration de la force ou de la faiblesse des arguments du ministère public et par l'incitation à enregistrer un plaidoyer de culpabilité ou le retrait des accusations, selon le cas.

Qui plus est, on prétend qu'il pourrait être porté atteinte d'une manière irréparable au droit de l'accusé à une défense pleine et entière si celui-ci n'était pas avisé de l'existence du second échantillon dans le délai de trois mois car, après ce délai, le ministère public peut détruire les échantillons: *Corning*, précité, à la p. 54. Le *Code* exige seulement que le second échantillon soit gardé pendant trois mois; après ce délai, l'accusé n'a plus de droit légal de l'utiliser et la loi n'exige plus qu'il soit gardé. Toutefois, il peut exister une obligation de le garder au delà du délai de trois mois sur le fondement de l'exigence en matière de divulgation mentionnée précédemment qui découle de l'arrêt *Stinchcombe*. En conséquence, si l'échantillon est gardé pendant une plus longue période, l'accusé peut en demander la remise, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge, aux termes du

allows for the release of exhibits for examination and testing: see, e.g., *R. v. Hackie* (1988), 8 M.V.R. (2d) 222 (Man. Prov. Ct.). An ordinary production request or an application for Charter relief may also be available. This does not mean that these alternative remedies can be relied on by the Crown as a substitute for notice of the second sample. In this regard, I would adopt the reasoning of Robins J.A. in *Montgomery*, *supra*, at p. 238, with respect to the significance on the rights of the accused of other remedies:

While the respondent is not necessarily without a remedy once the three-month period expires, s. 258(1)(d)(i) and (4) provide a summary procedure by which he, as a person from whom blood samples have been lawfully taken, may obtain mandatory production of a sample to allow for independent examination or analysis. He was entitled to avail himself of the procedure established by these sections for the benefit of an accused charged under s. 253, and was not required to resort to other means in order to obtain the sample to which he was statutorily entitled.

If an accused is given timely notice of the existence of a second sample, as provided in these reasons, absent special circumstances, any disclosure requirement based on *Stinchcombe* would be satisfied and failure on the part of the accused to exercise the right to request production within the three-month period would foreclose any complaint that the prosecution was unable to produce the sample by reason of its destruction following the expiry of the three-month period.

With respect to the requirement to notify the accused within the three-month period of the existence of the second sample, the most appropriate and convenient way to notify the accused is by service of the CQT (or CQMP, as the case may be), which states that the qualified technician "took an additional sample of the blood of the said person to permit an analysis of one of the samples to be made by or on behalf of this person" (to quote from the CQT the appellant received). I would

par. 605(1) du *Code*, qui permet la remise des pièces aux fins d'épreuve ou d'examen: voir par ex. *R. c. Hackie* (1988), 8 M.V.R. (2d) 222 (C. prov. Man.). Une demande ordinaire de remise ou une demande en vue d'obtenir un redressement prévu par la *Charte* est également possible. Cela ne signifie pas que le ministère public peut compter sur ces autres redressements pour remplacer l'avis relatif au second échantillon. À cet égard, je ferais mien le raisonnement du juge Robins dans l'arrêt *Montgomery*, précité, en ce qui concerne la portée des autres redressements sur les droits de l'accusé (à la p. 238):

[TRADUCTION] Bien que l'intimé ne soit pas nécessairement laissé sans redressement à l'expiration de la période de trois mois, le sous-al. 258(1)d(i) et le par. 258(4) prévoient une procédure sommaire par laquelle il peut, à titre de personne sur laquelle des échantillons de sang ont été prélevés légalement, obtenir la remise obligatoire d'un échantillon afin de lui permettre de faire effectuer une analyse ou un examen indépendants. Il avait le droit de se prévaloir de la procédure prévue par ces dispositions à l'avantage d'une personne inculpée aux termes de l'art. 253, et il n'était pas tenu d'avoir recours à d'autres moyens pour obtenir l'échantillon auquel il avait droit aux termes de la loi.

Lorsqu'un accusé a été avisé en temps opportun de l'existence d'un second échantillon, comme le prévoient les présents motifs, en l'absence de circonstances spéciales, toute exigence de divulgation fondée sur l'arrêt *Stinchcombe* serait remplie et le fait que l'accusé n'a pas exercé son droit de demander la remise dans le délai de trois mois, empêcherait une plainte subséquente que la poursuite n'a pas été en mesure de remettre l'échantillon parce qu'il a été détruit à l'expiration de la période de trois mois.

En ce qui concerne l'exigence d'aviser l'accusé dans le délai de trois mois de l'existence du second échantillon, l'avis qui convient le mieux est la signification du CTQ (ou du CMQ le cas échéant), qui indique que le technicien qualifié [TRADUCTION] «a prélevé un échantillon de sang supplémentaire de cette personne pour lui permettre de faire effectuer une analyse ou de l'effectuer elle-même» (pour citer le CTQ que l'appellant a reçu). Il convient de souligner qu'en l'espèce l'agent

note that in this case the investigating constable testified that the usual practice is to fill out and serve the CQT on the person at the hospital when the samples are taken, and that this practice was not observed because there were no blank certificates available. I would not rule out notice by other means so long as it is to the same effect and it is proved in accordance with the criminal standard that the accused was made aware in a timely fashion. Indeed, it has been established in the breathalyser jurisprudence that entitlement to the presumption does not depend on using the CQT but may still arise when the technician gives oral testimony to the same effect (*Lightfoot v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 566, at pp. 568-69, 575). In such circumstances, no CQT may exist and notice must be given by means other than service of the CQT.

I have referred to the fact that the criminal standard of proof applies. When notice is given by means of service of the CQT, there will usually be no difficulty in meeting this standard. It may assume greater significance in a case such as this in which notice is alleged to have been given orally or by means other than service of the CQT. While proof on a balance of probabilities is an acceptable standard in deciding a preliminary question of fact with respect to the admissibility of evidence (see *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740), the general rule with respect to determination of vital issues in the criminal process requires proof beyond a reasonable doubt. See *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 415. The issue here is very different from a question of admissibility of evidence. The effect of satisfying the burden of proving preliminary facts to the admissibility of evidence is only that the evidence is admitted: it determines neither the weight of the evidence nor the guilt of the accused. This occurs in the next step in the process during which the Crown must satisfy its legal burden. When admission of the evidence may itself have a conclusive effect with respect to guilt, the criminal standard is applied. This accounts for the application of this standard with respect to the admission of confessions (see *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, at p. 40,

enquêteur a déposé que la pratique habituelle est de remplir le CTQ et de le signifier à la personne à l'hôpital au moment du prélèvement et que cette pratique n'a pas été suivie parce qu'aucune formule de certificat n'était disponible. Je n'écarterais pas les autres moyens de donner un avis dans la mesure où ils ont le même effet et qu'il est démontré, conformément aux normes en matière criminelle, que l'accusé a été avisé en temps opportun. En fait, il ressort de la jurisprudence en matière d'ivressomètre que le droit de faire valoir la présomption ne dépend pas de l'utilisation du CTQ mais qu'elle peut toujours être appliquée lorsque le technicien témoigne à ce sujet à l'audience (*Lightfoot c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 566, aux pp. 568, 569 et 575). Dans de telles circonstances, il est possible qu'il n'y ait pas de CTQ et un avis doit être donné par d'autres moyens que la signification du CTQ.

J'ai mentionné le fait que la norme de preuve en matière criminelle s'applique. Lorsque l'avis est donné par voie de signification du CTQ, habituellement, il ne sera pas difficile de respecter cette norme. Elle pourra être plus importante dans une affaire comme l'espèce où l'avis est présumé avoir été donné oralement ou par des moyens autres que la signification du CTQ. Bien que la preuve selon la prépondérance des probabilités soit une norme acceptable pour trancher une question de fait préliminaire quant à la recevabilité de la preuve (voir *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740), la règle générale en matière de détermination des questions vitales dans le processus criminel exige une preuve hors de tout doute raisonnable. Voir *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 415. La question soulevée en l'espèce est très différente d'une question de recevabilité de la preuve. Le fait de se décharger du fardeau de démontrer les faits préliminaires à la recevabilité de la preuve a pour seul effet que la preuve est admise: le poids de la preuve et la culpabilité de l'accusé ne sont pas démontrés. Cela se produit à l'étape suivante du processus au cours de laquelle le ministère public doit se décharger de son fardeau ultime. Lorsque la recevabilité de la preuve peut avoir un effet concluant relativement à la culpabilité, la norme en matière criminelle est appliquée. C'est pourquoi cette norme a été appli-

per Spence J., for the Court, and *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at pp. 670, 674-75, per Martland J., for the majority, and at p. 696, per Lamer J. (as he then was), concurring). Establishing the facts which trigger a presumption with respect to a vital issue relating to innocence or guilt is a step further advanced than the admissibility of evidence and is only reached after crossing the hurdle of admissibility. The effect of the presumption in this case is to provide conclusive proof of the accused's blood alcohol concentration at the critical time, in the absence of evidence to the contrary. This conclusion respecting the application of the criminal standard is supported by the view which has been taken relating to the presumption which arises by virtue of s. 258(1)(a). In *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, confirmed in this regard by *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, per Dickson C.J., at p. 13, it was accepted that "[t]he presumption was included to allow the Crown to prove care or control by proving beyond a reasonable doubt that the accused occupied the driver's seat".

As to timeliness of the notice, the accused must receive the information with enough time to exercise the right. In practical terms this means that the accused must receive it in time to apply for an order under s. 258(4). The amount of time reasonably necessary to do so is a question of fact that does not arise in this case. Without derogating from this statement, I make the following additional comments in order to simplify proof and to avoid unnecessary factual disputes. The earlier the information is provided, the better, and in most cases there will be no obstacle to serving the CQT at the time the samples are taken, which accords with standard practice in some jurisdictions. If the CQT is not served when the samples are taken, then the CQT, or a notice advising of the availabil-

quée en ce qui concerne la recevabilité des confessions (voir *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, à la p. 40, le juge Spence au nom de la Cour, et *Röthman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640 aux pp. 670, 674 et 675, le juge Martland, au nom de la majorité, et à la p. 696, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), dans des motifs concordants). La preuve des faits qui entraînent l'application d'une présomption relative à une question vitale portant sur l'innocence ou la culpabilité est une étape plus avancée que la recevabilité de la preuve et on ne peut y arriver qu'après avoir franchi l'obstacle de la recevabilité. En l'espèce, la présomption permet d'apporter une preuve concluante de l'alcoolémie de l'accusé au moment important, en l'absence de preuve contraire. Cette conclusion concernant l'application de la norme de preuve en matière criminelle est appuyée par la position adoptée relativement à la présomption qui s'applique en vertu de l'al. 258(1)a). Dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, confirmé à cet égard par l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, le juge en chef Dickson, à la p. 13, il a été admis que «[l]a présomption a été ajoutée pour permettre au ministère public de prouver la garde ou le contrôle en démontrant hors de tout doute raisonnable que l'accusé occupait la place du conducteur».

Pour ce qui est de savoir si l'avis a été donné dans le délai prévu, l'accusé doit recevoir les renseignements suffisamment à l'avance pour exercer le droit. En termes pratiques, cela signifie que l'accusé doit le recevoir à temps pour demander une ordonnance aux termes du par. 258(4). Le délai raisonnable à cette fin est une question de fait qui ne se pose pas en l'espèce. Sans m'écarter de cette position, je fais les observations additionnelles suivantes afin de simplifier la preuve et d'éviter des litiges inutiles fondés sur les faits. Il est préférable que les renseignements soient communiqués le plus tôt possible et, dans la plupart des cas, il n'y aura pas d'objection à signifier le CTQ au moment du prélèvement des échantillons, ce qui correspond à la pratique normale dans certains ressorts. Si le CTQ n'est pas signifié au moment du prélèvement des échantillons, alors il faudrait le remettre, ou donner un avis concernant la disponibilité d'un

ity of the sample for testing, should be given when the summons is served.

Applying the above reasoning to this case, the appellant did not have the information reasonably necessary for the informed exercise of his right to obtain the second sample and hence the presumption in s. 258(1)(d) was not available to the Crown.

4. *The Second Issue: Demand by the Accused*

The appellant submits in the alternative that Lambert J.A., in *Aujla*, *supra*, (alone in taking this position) was right to hold that the presumption is not available unless a court has ordered the release of the second sample at the request of the accused made within the three-month period: *Aujla*, *supra*, *per* Lambert J.A., at p. 490. This submission must, in my opinion, fail. The language of s. 258(1)(d)(i) is problematic in this regard. To repeat the subparagraph for convenience, it provides:

258. (1) . . .

(d) . . .

(i) at the time the sample was taken, the person taking the sample took an additional sample of the blood of the accused and one of the samples was retained, to permit an analysis thereof to be made by or on behalf of the accused and, at the request of the accused made within three months from the taking of the samples, one of the samples was ordered to be released pursuant to subsection (4)

....

It has been observed that this provision is "at best, poorly drafted, and at worst, potentially out of [harmony] with the legislative framework in which it appears": Renee M. Pomerance, "Over 80' and Under Scrutiny: Selected *Charter* Issues in Drinking and Driving Cases" (1992), 4 *J.M.V.L.* 121, at p. 167. Indeed, this is a case where the plain and ordinary meaning of a portion of the statutory language would defeat the legislative purpose and therefore, an interpretation consistent with the legislative intent which goes against the literal meaning of the statute must be adopted.

échantillon à des fins d'analyse, au moment de l'assignation.

Si l'on applique le raisonnement qui précède à l'espèce, l'appellant n'a pas eu les renseignements raisonnablement nécessaires à l'exercice éclairé de son droit d'obtenir le second échantillon et, par conséquent, le ministère public ne pouvait invoquer la présomption visée à l'al. 258(1)d).

4. *La seconde question: la demande de l'accusé*

Subsidiairement, l'appellant soutient que le juge Lambert dans l'arrêt *Aujla*, précité (le seul à adopter cette position) était fondé à conclure que la présomption ne peut être invoquée à moins qu'un tribunal n'ait ordonné la remise du second échantillon par suite de la demande de l'accusé présentée dans le délai de trois mois: *Aujla*, précité, le juge Lambert, à la p. 490. À mon avis, cet argument ne peut réussir. Le texte du sous-al. 258(1)d(i) pose un problème à cet égard. Par souci de commodité, il convient de répéter ce texte:

258. (1) . . .

d) . . .

(i) au moment où l'échantillon a été prélevé, la personne qui le prélevait a pris un échantillon supplémentaire du sang de l'accusé et un échantillon a été gardé pour en permettre l'analyse à la demande de l'accusé et, sur demande de celui-ci faite dans les trois mois du prélèvement, une ordonnance de remise de l'échantillon a été rendue en conformité avec le paragraphe (4) . . .

On a dit qu'il s'agit d'une disposition qui [TRADUCTION] «au mieux, est mal rédigée et, au pire, pourrait ne pas s'inscrire dans le cadre législatif dont elle est tirée»: Renee M. Pomerance, «Over 80' and Under Scrutiny: Selected *Charter* Issues in Drinking and Driving Cases» (1992), 4 *J.M.V.L.* 121, à la p. 167. En fait, il s'agit d'un cas où le sens ordinaire d'une partie du texte législatif serait contraire à l'esprit de la loi et, par conséquent, il y a lieu d'adopter une interprétation conforme à l'intention du législateur qui est contraire au sens littéral de la loi.

The structure of s. 258(1)(d)(i) suggests that there are three requirements for the presumption to arise (ignoring for the moment the requirements in the other subparagraphs):

1. at the time the sample was taken, the person taking the sample took an additional sample, AND
2. one of the samples was retained to permit an analysis thereof by or on behalf of the accused, AND
3. at the request of the accused made with the three month period, one of the samples was ordered to be released pursuant to subs. (4).

This is not a case of ambiguity, as the appellant contends in the alternative. The meaning is clear, and it is just as clear that this meaning frustrates the purpose of the legislative scheme enacted by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19. I would adopt McClung J.A.'s holding in the court below that the principal objective of the legislative scheme for the gathering and receipt of blood and breath sample evidence is to facilitate, with appropriate safeguards, the admission of the evidence and not to exclude it. At a more basic level, the intent of the legislative reforms of 1985, which introduced the provision currently under consideration, was to allow the more effective prosecution of drunk driving offences. The legislation should be given a reasonable interpretation in line with the legislative intent. If the plain meaning of the words of subpara. (i) were given effect, the accused would always be in a position to deprive the Crown of the evidentiary advantage the legislation intended to give it, and every well advised accused would do just that by choosing not to demand a sample. The accused would, in effect, be given a "silent veto" over the Crown's use of the statutory presumption.

In my view, this legislation fits into the principle of construction enunciated by Professor Elmer A.

Selon la structure du sous-al. 258(1)d(i), il y aurait trois exigences pour que la présomption puisse être invoquée (si l'on ne tient pas compte pour le moment des exigences des autres sous-alinéas):

1. au moment où l'échantillon a été prélevé, la personne qui le prélevait a pris un échantillon supplémentaire du sang, ET
2. un échantillon a été gardé pour en permettre l'analyse par l'accusé ou en son nom, ET
3. sur demande de celui-ci faite dans les trois mois du prélèvement, une ordonnance de remise de l'échantillon a été rendue en conformité avec le par. (4).

Il ne s'agit pas d'un cas d'ambiguïté comme le soutient subsidiairement l'appelant. Le sens est clair et il est tout aussi clair qu'il contrevient à l'esprit de la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19. Je fais mienne la conclusion du juge McClung du tribunal d'instance inférieure que les dispositions législatives relatives à la cueillette et à la présentation d'éléments de preuve en matière de prélèvement d'échantillon de sang et d'haleine a principalement pour but de faciliter, avec les garanties qui conviennent, l'admission des éléments de preuve et non leur exclusion. Plus fondamentalement, la réforme législative de 1985, dont provient la disposition examinée en l'espèce, avait pour but de permettre une poursuite plus efficace des infractions de conduite en état d'ébriété. Il convient de donner à la mesure législative une interprétation raisonnable qui soit conforme à l'intention du législateur. Si l'on devait donner son sens ordinaire au texte du sous-al. (i), l'accusé serait toujours en position de priver le ministère public de l'avantage en matière de preuve que la loi avait l'intention de lui conférer, et tout accusé bien conseillé agirait ainsi en choisissant de ne pas demander d'échantillon. En fait, l'accusé obtiendrait un «veto silencieux» à l'égard de l'utilisation par le ministère public de la présomption prévue par la loi.

À mon avis, la disposition législative s'inscrit dans le cadre du principe d'interprétation formulé

Driedger in the following terms in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 105:

... If, notwithstanding that the words are clear and unambiguous when read in their grammatical and ordinary sense, there is disharmony within the statute, ... then an unordinary meaning that will produce harmony is to be given the words, if they are reasonably capable of bearing that meaning.

The purpose of s. 258(1)(d) is to give the Crown the benefit of an evidentiary presumption where certain conditions are met in order to facilitate the prosecution of offences which involve driving while under the influence of alcohol. Such a purpose is inconsistent with making the presumption subject to the caprice of the accused. Even Lambert J.A., the sole authority relied on by the appellant in this regard, recognized that his interpretation may not have been intended by Parliament (*Aujla, supra*, at p. 490). I would agree with one commentator's remarks in a comment on *Aujla, supra*, that

such an interpretation would obviously render nugatory the purpose of the legislation. To put it shortly, if compliance with s. 258(1)(d)(i) is dependent upon accused persons requesting production of their blood samples, one may query what would motivate an accused to do so. [Rick Libman, Annotation—*R. v. Aujla* (1989), 13 M.V.R. (2d) 276, at p. 279.]

The interpretation most in line with the objective of the legislation and the Crown's disclosure obligations is that arrived at in the previous section of these reasons, namely that the accused must have notice of the existence and availability of the second sample to permit reasonable time for an informed choice as to the exercise of the right to demand production of the sample. Requiring positive action by the accused to exercise this right before the statutory presumption becomes available would further neither the legislative intent nor the accused's right to make full answer and defence. Nor would it help to enforce the Crown's disclosure obligation since that is accomplished by notifying the accused of the existence and availability of the sample. Under the interpretation that I propose, the availability of the presumption would be tied (as the reference to the right in the subparagraph appears to indicate) to the accused's oppor-

par le professeur Elmer A. Driedger, dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 105:

[TRADUCTION] ... Si, malgré que les termes soient clairs et sans ambiguïté lorsqu'ils sont interprétés selon leur sens grammatical et ordinaire, il y a discordance dans la loi, [...] alors, il convient d'interpréter les termes selon leur sens inhabituel qui entraînera l'harmonie, si on peut raisonnablement leur donner ce sens.

L'alinéa 258(1)d) vise à donner au ministère public l'avantage d'une présomption en matière de preuve dans certaines conditions, pour faciliter la poursuite d'infractions relatives à la conduite en état d'ébriété. Un tel objet ne correspond pas à l'assujettissement de la présomption au bon vouloir de l'accusé. Même le juge Lambert, la seule source sur laquelle l'appelant s'est appuyé à cet égard, a reconnu que le législateur n'avait peut-être pas cette interprétation en vue (*Aujla, précité*, à la p. 490). Je suis d'avis de faire miennes les remarques d'un commentateur au sujet de l'arrêt *Aujla, précité*, selon lesquelles

[TRADUCTION] il est évident qu'une telle interprétation neutraliserait l'objet de la loi. Bref, si le respect du sous-al. 258(1)d)(i) dépend de la demande par l'accusé de la remise de son échantillon de sang, on peut se demander ce qui inciterait un accusé à le faire. [Rick Libman, Annotation—*R. c. Aujla* (1989), 13 M.V.R. (2d) 276, à la p. 279.]

L'interprétation qui est la plus conforme au but de la loi et aux obligations du ministère public en matière de divulgation est celle à laquelle j'arrive dans la section précédente, c.-à-d. que l'accusé doit être avisé de l'existence et de la disponibilité du second échantillon, afin qu'il dispose d'un délai raisonnable pour faire un choix éclairé quant à l'exercice du droit de demander la remise de l'échantillon. Exiger que l'accusé accomplisse un acte positif pour exercer ce droit avant que la présomption que prévoit la loi puisse être invoquée ne servirait ni l'intention du législateur, ni le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Cela n'aiderait pas non plus à assurer le respect par le ministère public de son obligation de divulgation puisqu'elle est réalisée par l'avis donné à l'accusé de l'existence et de la disponibilité de l'échantillon. Selon l'interprétation que je propose, la possibilité d'invoquer la présomption serait liée (comme

tunity to exercise his or her right, without being hamstrung by it.

One might object that this allows the presumption to stand whenever the requisite notice is given, regardless of other circumstances making the accused's right meaningless. This is not necessarily the case. To give one example, in *R. v. Redmond* (1990), 37 O.A.C. 133 (C.A.), the blood samples were accidentally destroyed before the accused requested production of one of them. The Court of Appeal quite rightly denied the Crown the benefit of the presumption. That was a situation where the accused could not exercise his right because of factors out of his control, and the court can always step in to deny the application of the presumption in such circumstances. The result in *Redmond, supra*, was that the Crown was required to adduce *viva voce* expert testimony extrapolating the accused's blood alcohol concentration and level of impairment at the time of driving. Being denied the benefit of the presumption clearly does not derail "over 80" prosecutions. It simply requires the Crown to prove them by recourse to the evidential tools on which it would ordinarily have to rely in the absence of the presumption. As the Ontario Court of Appeal held in *Montgomery, supra*, at pp. 238-39:

While the Crown may lose the evidentiary advantage of the presumption in s. 258(1)(d) and be precluded from using certificate evidence of the result of the analysis as proof of the concentration of alcohol in an accused's blood at the time the offence was allegedly committed, the Crown remains free to prove the accused's guilt through *viva voce* evidence. [Emphasis added.]

5. Implications for this Case

The result of this analysis is that the Crown was not entitled to the benefit of the presumption in s. 258(1)(d) because it was not established on the facts, on the criminal standard, that the appellant had received notice within the time reasonably necessary for him to make an informed decision as to the exercise of his right to demand the second

la mention du droit dans l'alinéa paraît l'indiquer) au fait que l'accusé ait l'occasion d'exercer son droit sans préjudice.

On pourrait opposer que cette situation permettrait l'application de la présomption dès que l'avis serait donné, sans tenir compte d'autres circonstances enlevant tout sens au droit de l'accusé. Ce n'est pas nécessairement le cas. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Redmond* (1990), 37 O.A.C. 133 (C.A.), les échantillons de sang avaient été accidentellement détruits avant que l'accusé demande qu'on lui en remette un. La Cour d'appel a, tout à fait à bon droit, refusé au ministère public le bénéfice de la présomption. Il s'agissait d'une situation où l'accusé ne pouvait exercer son droit en raison de facteurs hors de son contrôle, et le tribunal peut toujours intervenir pour refuser l'application de la présomption dans de telles circonstances. Il en est résulté dans l'arrêt *Redmond*, précité, que le ministère public a été tenu de faire témoigner des experts qui ont extrapolé quant à l'alcoolémie et au niveau d'ébriété de l'accusé au moment où il était au volant. De toute évidence, le refus d'appliquer la présomption n'empêche pas d'intenter des poursuites pour alcoolémie de «plus de 80 mg». Le ministère public doit simplement en faire la preuve au moyen des outils dont il disposerait en l'absence de la présomption. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a conclu dans l'arrêt *Montgomery*, précité, aux pp. 238 et 239:

[TRADUCTION] Bien qu'il puisse perdre l'avantage en matière de preuve que lui confère la présomption prévue à l'al. 258(1)d) et être empêché d'utiliser le certificat du résultat de l'analyse à titre de preuve de l'alcoolémie de l'accusé au moment de la présumée perpétration, le ministère public demeure libre de démontrer la culpabilité de l'accusé au moyen d'un témoignage de vive voix. [Je souligne.]

5. Conséquences pour l'espèce

Il ressort de cette analyse que le ministère public n'avait pas le droit de faire valoir la présomption prévue à l'al. 258(1)d) parce qu'il n'avait pas été démontré d'après les faits, selon la norme de preuve en matière criminelle, que l'appelant avait été avisé, dans le délai qui est raisonnablement nécessaire pour prendre une décision éclairée

blood sample, of the charges facing him, the results of the Crown's blood sample analysis, and the existence and availability of the second sample for testing by him. On this basis, the appeal should be allowed. The respondent Crown did not ask for a new trial in the event that this Court found that it was disentitled to the presumption in s. 258(1)(d). Without the benefit of the presumption, there was no evidence supporting the "over 80" count. The trial judge found that the evidence on the other counts was insufficient to establish impairment beyond a reasonable doubt. Although I have concluded that the trial judge improperly excluded the CA, this did not affect the result. In the absence of the presumption or expert evidence of metabolic rates and extrapolation to the time of the accident, the CA does no more than provide a blood alcohol reading two hours after the accident.

In the circumstances, the respondent Crown was quite right in not seeking a new trial. In this respect, this Court is guided by the provisions of s. 45 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, which provides that when an appeal is not dismissed, we are entitled to make the order that the court appealed from ought to have made. In this case, the Court of Appeal ought to have found that the presumption did not apply. It properly found that it was error to exclude the CA. In the state of the record, could the Court of Appeal set aside the acquittal and direct a new trial? In this regard, it was bound to apply the principle expressed in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. At page 374, the majority judgment states:

The onus resting on the Crown when it appeals an acquittal was settled in *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. It is the duty of the Crown to satisfy the

quant à l'exercice de son droit de demander le second échantillon de sang, des accusations qui pesaient contre lui, des résultats de l'analyse de l'échantillon de sang par le ministère public ainsi que de l'existence du second échantillon et de la possibilité pour lui de s'en servir pour une analyse. Sur ce fondement, il convient d'accueillir le pourvoi. Le ministère public intimé n'a pas demandé la tenue d'un nouveau procès si notre Cour concluait qu'il n'a pas le droit d'invoquer la présomption de l'al. 258(1)d). Sans la présomption, aucun élément de preuve n'appuyait le chef d'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg». Le juge du procès a conclu que la preuve relative aux autres chefs d'accusation n'était pas suffisante pour démontrer hors de tout doute raisonnable que les facultés de l'accusé étaient affaiblies. Ma conclusion selon laquelle le juge du procès a incorrectement exclu le CA n'a pas d'effet quant au résultat. En l'absence de la présomption ou d'un témoignage d'expert relativement au taux de métabolisation, et d'extrapolation quant au taux au moment de l'accident, le CA indique simplement quelle était l'alcoolémie deux heures après l'accident.

Dans les circonstances, le ministère public intimé était bien fondé de ne pas demander la tenue d'un nouveau procès. À cet égard, notre Cour est guidée par les dispositions de l'art. 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, qui prévoit que lorsqu'un pourvoi n'est pas rejeté, la Cour peut rendre l'ordonnance que le tribunal d'instance inférieure aurait dû rendre. En l'espèce, la Cour d'appel aurait dû conclure que la présomption ne s'appliquait pas. Elle a, à bon droit, conclu que l'exclusion du CA constituait une erreur. Dans l'état du dossier, la Cour d'appel pouvait-elle annuler l'acquittal et ordonner la tenue d'un nouveau procès? À cet égard, elle était tenue d'appliquer le principe exprimé dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. La Cour, à la majorité, a dit, à la p. 374:

L'étendue de la charge qui incombe à la poursuite quand elle en appelle d'un acquittal a été établie dans l'arrêt *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La

court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do.

As I have explained above, without the aid of the presumption, the Crown has no case and therefore the accused would be necessarily acquitted. The Crown, having relied on the presumption which it knew was disputed, could not seek to set aside the acquittal and obtain a new trial in order to permit it to proceed on another basis with new evidence. See *Savard v. The King*, [1946] S.C.R. 20, at p. 49, and *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350, at p. 353.

Disposition

The appeal is therefore allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the verdicts of acquittal entered by the trial judge on all counts are restored.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Dunphy Calvert, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Office of the Attorney General for Alberta, Calgary.

poursuite a l'obligation de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire.

Comme je l'ai expliqué précédemment, sans l'aide de la présomption, les arguments du ministère public ne sont plus fondés et, par conséquent, l'accusé serait nécessairement acquitté. Comme il s'est appuyé sur la présomption qu'il savait contestée, le ministère public ne pouvait demander l'annulation de l'acquiescement et la tenue d'un nouveau procès pour lui permettre de procéder sur un autre fondement avec de nouveaux éléments de preuve. Voir *Savard c. The King*, [1946] R.C.S. 20, à la p. 49, et *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350, à la p. 353.

Dispositif

Par conséquent, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et les verdicts d'acquiescement rendus par le juge du procès à l'égard de tous les chefs d'accusation sont rétablis.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Dunphy Calvert, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le bureau du Procureur général de l'Alberta, Calgary.