

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Éric Boucher *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BOUCHER

Neutral citation: 2005 SCC 72.

File No.: 30256.

2005: May 10; 2005: December 2.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Presumption of accuracy of breathalyzer test result — Evidence to contrary adduced to rebut presumption — Credibility of accused — Defence expert asserting that blood alcohol levels of accused not corresponding to levels person with his physical characteristics would have after consumption alleged by defence — Trial judge finding accused's testimony not credible and rejecting expert evidence — Accused found guilty — Whether expert opinion based on testimony that not credible can constitute evidence to contrary — Whether there other evidence that could raise reasonable doubt — Whether appropriate to intervene in trial judge's assessment of credibility of accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(g).

The accused was charged in Municipal Court with operating a vehicle while his blood alcohol level exceeded the legal limit. His blood analysis certificates indicated 93 and 92 mg. He testified that he had drunk two large beers during the few hours prior to his arrest. The defence expert asserted that, where a person with the accused's physical characteristics consumed this amount, the normal result would be much less than the level recorded on the certificates. The trial judge found the accused guilty. In her opinion, the accused's testimony was not credible, and she rejected the related expert opinion. She concluded that the statutory presumption in s. 258(1)(g) of the *Criminal Code* that the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Éric Boucher *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. BOUCHER

Référence neutre : 2005 CSC 72.

N° du greffe : 30256.

2005 : 10 mai; 2005 : 2 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Conduite d'un véhicule avec un taux d'alcoolémie supérieur à la limite permise — Présomption d'exactitude du résultat de l'alcootest — Preuve contraire visant à réfuter la présomption — Crédibilité de l'accusé — Expert de la défense affirmant que les taux d'alcoolémie obtenus ne correspondent pas à celui qu'obtiendrait une personne ayant les caractéristiques physiques de l'accusé pour une consommation telle qu'alléguée en défense — Juge du procès concluant que le témoignage de l'accusé n'est pas crédible et écartant l'expertise — Accusé déclaré coupable — L'opinion d'un expert fondée sur un témoignage qui n'est pas crédible peut-elle constituer une preuve contraire? — D'autres éléments de preuve étaient-ils susceptibles de soulever un doute raisonnable? — Y a-t-il lieu d'intervenir dans l'appréciation de la crédibilité de l'accusé par la juge du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)g.

L'accusé a été inculpé en Cour municipale d'avoir conduit un véhicule alors que son taux d'alcoolémie dépassait la limite permise. Les certificats d'alcootests indiquaient 93 et 92 mg. D'après son témoignage, il aurait consommé deux bières de grand format durant les quelques heures précédant son arrestation. L'expert de la défense affirme que, pour cette consommation par une personne ayant les caractéristiques physiques de l'accusé, le résultat normal serait beaucoup moindre que le taux indiqué aux certificats. La juge du procès déclare l'accusé coupable. Elle n'accorde pas de crédibilité au témoignage de l'accusé et exclut l'expertise qui s'y rattache. Elle conclut que la présomption légale

test results were accurate had not been rebutted. On appeal, the Superior Court set aside the guilty verdict on the basis that the evidence as a whole, including the expert's testimony, raised a reasonable doubt in favour of the accused. The majority of the Court of Appeal affirmed the acquittal.

Held (Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed and the guilty verdict restored.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Deschamps and Abella JJ.: The standard of proof that must be met to rebut the presumption of accuracy is reasonable doubt. The defence has no burden of proof. Evidence to the contrary that raises a reasonable doubt that the certificate correctly reflects the blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed is sufficient to rebut the presumption under s. 258(1)(g). In the case at bar, it cannot be found based on the evidence that there is a reasonable doubt as to the accuracy of the results of the breathalyzer tests. The trial judge rejected the accused's testimony on the basis that it was not credible, and an expert opinion based on that testimony cannot constitute evidence to the contrary. Furthermore, the expert evidence merely provides theoretical information without regard for the accused's personal level of alcohol tolerance, the results of the tests themselves cannot be used to demonstrate their own inaccuracy, and the absence of symptoms of intoxication, although relevant as a defence to a charge of impaired driving, is not significant where the charge is driving with a blood alcohol level exceeding 80 mg. Finally, in concluding that only the expert evidence would have been capable of constituting evidence to the contrary if it had had any basis, the trial judge necessarily assessed the evidence as a whole. [1] [15] [21] [31] [33-36]

In assessing the credibility of the accused, the Municipal Court judge correctly identified the applicable standard, namely reasonable doubt. It is true that she erred when she said that the evidence must not merely be reasonably true. However, this comment was not part of an instruction to a jury, and it was made immediately after she identified the standard. It reflects a problem with the wording she used. The judge also erred when she stated that the credibility of the accused and his witnesses could be assessed in light of the results of the breathalyzer tests, but she did not rely on the test results at all in her analysis of the evidence. The erroneous statements, considered in their context, did not influence her assessment of the accused's testimony. The main reason she gave for rejecting his testimony

d'exactitude de l'alcootest, prévue à l'al. 258(1)g) du *Code criminel*, n'a pas été réfutée. En appel, la Cour supérieure annule le verdict de culpabilité au motif que l'ensemble de la preuve, incluant le témoignage de l'expert, suscite un doute raisonnable en faveur de l'accusé. La Cour d'appel, à la majorité, confirme l'acquiescement.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli et le verdict de culpabilité rétabli.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Deschamps et Abella : La norme de preuve pour réfuter la présomption d'exactitude est celle du doute raisonnable. La défense n'a pas de fardeau de persuasion. Il suffit qu'une preuve contraire soulève un doute à l'effet que le certificat ne reflète pas correctement le taux d'alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise pour contrer la présomption de l'al. 258(1)g). En l'espèce, la preuve ne permet pas de conclure à l'existence d'un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat des alcootests. Le témoignage de l'accusé a été écarté par la juge du procès comme non crédible et l'opinion de l'expert qui repose sur ce témoignage ne peut constituer une preuve contraire. De plus, le témoignage de l'expert n'apporte que des données théoriques, sans égard à la tolérance spécifique de l'accusé à l'alcool; les résultats des tests eux-mêmes ne peuvent être utilisés à l'appui de leur propre inexactitude; l'absence de symptômes d'intoxication, pertinente en défense à l'accusation de conduite avec facultés affaiblies, ne constitue pas un fait significatif dans le cas de conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 mg. Enfin, en concluant que seul le témoignage de l'expert serait susceptible de constituer une preuve contraire s'il avait une quelconque assise, la juge du procès a nécessairement évalué la preuve dans son ensemble. [1] [15] [21] [31] [33-36]

Dans son appréciation de la crédibilité de l'accusé, la juge de la Cour municipale fait correctement état de la norme applicable, soit celle du doute raisonnable. Il est vrai qu'elle fait erreur lorsqu'elle mentionne que la preuve ne doit pas seulement être raisonnablement vraie. Ce commentaire ne faisait toutefois pas partie d'une directive à un jury et il suit immédiatement celui dans lequel elle formule la norme. Il relève d'un problème de formulation. Elle fait aussi erreur lorsqu'elle mentionne que la crédibilité de l'accusé et celle de ses témoins peuvent être appréciées au regard des résultats des alcootests mais elle ne se reporte aucunement aux résultats des tests dans son analyse de la preuve. Les énoncés erronés, replacés dans leur contexte, n'ont pas influencé son appréciation du témoignage de l'accusé.

is grounded in fact. It relates to the accused's change of route as he approached the police roadblock. The accused was entitled not to answer the police officer's questions at the time of the arrest. However, the trial judge could assess the whole of the accused's testimony and conclude, in light of its flaws, that his version of the facts could not be accepted. There is no reason to intervene. [42-44] [48-49]

Per Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. (dissenting in part): In the instant case, there is nothing apart from the expert evidence based on the accused's testimony that could constitute evidence to the contrary, and the correctness of the trial judge's verdict therefore ultimately depends on her assessment of the accused's credibility. In considering only whether she believed the accused without determining whether, should her response be negative, the accused had nevertheless raised a reasonable doubt in her mind about the quantity of alcohol he had actually consumed, the trial judge made a fatal error in principle. Given that this error was repeated throughout her reasons and given the statement that the accused's evidence must not merely be reasonably true, it cannot be concluded that the error was a mere flaw in the wording she chose. Furthermore, the reasons given by the trial judge for rejecting the accused's testimony have little weight. First, she found fault with him for remaining silent when the police officer asked him questions about his route. The right to remain silent is a principle of fundamental justice of which the accused was entitled to avail himself, and the trial judge could not draw any inference against him for having exercised that right. Second, she noted that the accused's testimony contained a number of contradictions, which a careful reading of the transcript of the evidence reveals not to be contradictions. The trial judge imposed too heavy a burden of proof on the accused and committed a number of errors in assessing his testimony, and it is impossible to determine the extent to which those errors contributed to her rejection of that testimony. It should therefore be ordered that a new trial be held. [51] [56] [60] [63] [66-67]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; **approved:** *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Duguay*, [1993] Q.J. No. 58 (QL); **distinguished:** *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320;

Le principal motif pour rejeter ce témoignage est factuel. Il concerne le changement de trajet de l'accusé à l'approche du barrage policier. L'accusé était en droit de ne pas répondre aux questions du policier lors de l'arrestation. La juge du procès pouvait cependant apprécier l'ensemble du témoignage de l'accusé et conclure, d'après ses failles, que cette version des faits ne pouvait être retenue. Il n'y a pas lieu d'intervenir. [42-44] [48-49]

Les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron (dissidents en partie) : Dans la présente affaire, la preuve d'expert fondée sur le témoignage de l'accusé est le seul élément pouvant constituer une preuve contraire et le bien-fondé du verdict de la juge du procès repose donc, en définitive, sur son appréciation de la crédibilité de l'accusé. En se demandant uniquement si elle croyait l'accusé sans déterminer si, advenant une réponse négative, ce dernier soulevait néanmoins un doute raisonnable dans son esprit quant à la quantité d'alcool réellement consommée, la juge du procès a commis une erreur de principe fatale. Compte tenu de la répétition de l'erreur dans l'ensemble de ses motifs et de l'affirmation à l'effet que la preuve de l'accusé ne doit pas seulement être raisonnablement vraie, on ne peut conclure à un simple défaut de formulation. De plus, les motifs invoqués par la juge du procès pour rejeter le témoignage de l'accusé ont peu de poids. Premièrement, elle lui a reproché d'avoir gardé le silence devant les questions du policier concernant son trajet. Le droit de garder le silence est un principe de justice fondamentale dont l'accusé était en droit de se prévaloir et la juge du procès ne pouvait tirer une conclusion défavorable de son exercice. Deuxièmement, elle a noté dans le témoignage de l'accusé plusieurs contradictions qui, selon une lecture attentive de la transcription de la preuve, n'en sont pas. La juge du procès a imposé un fardeau de preuve trop lourd à l'accusé, elle a commis plusieurs erreurs dans l'appréciation du témoignage de ce dernier et il est impossible de déterminer jusqu'à quel point ces erreurs ont contribué à lui faire rejeter ce témoignage. Il faut donc ordonner la tenue d'un nouveau procès. [51] [56] [60] [63] [66-67]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts appliqués : *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; **arrêts approuvés :** *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Duguay*, [1993] A.Q. n° 58 (QL); **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742;

disapproved: *R. v. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266.

By Charron J. (dissenting in part)

R. v. Abbey, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(3), 258(1).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 25(1).

Authors Cited

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 11^e éd. Montréal: Thémis, 2004.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Rothman and Forget J.J.A.), [2004] R.J.Q. 423, 183 C.C.C. (3d) 550, 22 C.R. (6th) 148, 6 M.V.R. (5th) 174, [2004] Q.J. No. 531 (QL), affirming the accused's acquittal, [2001] Q.J. No. 4670 (QL). Appeal allowed, Binnie, LeBel, Fish and Charron J.J. dissenting in part.

Gaétan Plouffe and *Germain Tremblay*, for the appellant.

Alexandre St-Onge and *Marco LaBrie*, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Deschamps and Abella J.J. delivered by

¹ DESCHAMPS J. — Is an expert opinion probative if it is based on testimony that is not credible? If not, what evidence may be used to rebut the presumption of accuracy set out in s. 258(1)(g) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), according to which the reading received on a breathalyzer test provides, in the absence of evidence to the contrary, an accurate determination of the blood alcohol level at the time of the test?

R. c. Lifchus, [1997] 3 R.C.S. 320; **arrêts critiqués :** *R. c. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266.

Citée par la juge Charron (dissidente en partie)

R. c. Abbey, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(3), 258(1).

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 25(1).

Doctrine citée

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 11^e éd. Montréal: Thémis, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Rothman et Forget), [2004] R.J.Q. 423, 183 C.C.C. (3d) 550, 22 C.R. (6th) 148, 6 M.V.R. (5th) 174, [2004] J.Q. n^o 531 (QL), qui a confirmé l'acquittement de l'accusé, [2001] J.Q. n^o 4670 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron sont dissidents en partie.

Gaétan Plouffe et *Germain Tremblay*, pour l'appelante.

Alexandre St-Onge et *Marco LaBrie*, pour l'intimé.

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

LA JUGE DESCHAMPS — L'opinion d'un expert fondée sur un témoignage qui n'est pas crédible est-elle probante? Dans la négative, quelle preuve peut être utilisée pour contrer la présomption d'exactitude prévue à l'al. 258(1)g) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), suivant laquelle le taux indiqué par l'alcootest fournit, en l'absence de preuve contraire, une mesure exacte de l'alcoolémie au moment du test?

The Court considered questions similar to these in *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, and *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525. Those cases, however, did not concern the specific context of s. 258(1)(g) *Cr. C.* So some clarification would appear to be necessary.

The respondent, Eric Boucher, was charged with operating a motor vehicle while his blood alcohol level exceeded the legal limit, as that level was 93 mg according to the first breathalyzer test and 92 mg according to the second. The charge was brought before the Municipal Court of Montréal. Mr. Boucher testified that he had drunk two large beers in a tavern during the two to three hours before 2:40 a.m., the time of the arrest. He submitted expert evidence to show that the blood alcohol level recorded by the breathalyzer did not correspond to the level that a person with his physical characteristics should have had.

The expert expressed the opinion, based on the quantity of alcohol Mr. Boucher said he had consumed, that since the average elimination rate for a 28-year-old man who weighs 175 pounds and is 5'11" tall is 15 mg per hour, Mr. Boucher's blood alcohol level should have been 45 mg at the time of the arrest. Using a less favourable absorption rate of 10 mg, Mr. Boucher's blood alcohol level should have been 60 mg at the time the breathalyzer test was administered. The expert said that, to produce a result of 90 to 95 mg, it would have been necessary for Mr. Boucher to drink twice as much as he said he had. The expert also noted that, if the alcohol had been consumed in the moments just before the arrest, the level recorded might have differed from the level actually recorded at the time of the alleged offence, since the alcohol would not have been absorbed yet at the time of the arrest but would have been absorbed when the test was administered.

Judge Baribeau of the Municipal Court found Mr. Boucher guilty. She was of the opinion that his testimony was not credible and so could not serve as a basis for the expert opinion. She therefore concluded that the statutory presumption had not been rebutted:

La Cour a examiné des questions de cette nature dans les arrêts *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, et *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525. Il ne s'agissait cependant pas du contexte spécifique de l'al. 258(1)g) *C. cr.* Il appert donc que des précisions sont requises.

L'intimé, Eric Boucher, est accusé d'avoir conduit un véhicule automobile alors que son alcoolémie dépassait la limite permise, le premier alcootest ayant révélé une alcoolémie de 93 mg et le deuxième une alcoolémie de 92 mg. L'accusation est portée devant la Cour municipale de Montréal. M. Boucher témoigne avoir consommé deux bières grand format dans une brasserie au cours des deux à trois heures ayant précédé son arrestation à 2 h 40 du matin. Il présente une preuve d'expert dans le but de démontrer que le taux indiqué par l'alcootest ne correspond pas au taux qui devrait être trouvé dans le sang d'une personne ayant ses caractéristiques physiques.

Se fondant sur la quantité d'alcool que M. Boucher dit avoir consommée, l'expert exprime l'avis que, pour un homme de 28 ans pesant 175 livres et mesurant 5 pieds et 11 pouces, le facteur d'élimination moyen est de 15 mg par heure et que l'alcoolémie aurait dû être 45 mg au moment de l'arrestation. Prenant un facteur d'absorption plus défavorable, soit 10 mg, l'alcoolémie aurait dû être 60 mg au moment de l'administration de l'alcootest. Il indique que, pour provoquer un résultat de 90 à 95 mg, la consommation aurait dû être le double de celle déclarée par M. Boucher. L'expert signale aussi que, si la consommation est faite dans les instants précédant l'arrestation, le taux indiqué peut différer du taux réel au moment de l'infraction reprochée, parce qu'alors l'alcool n'aurait pas encore été absorbé au moment de l'arrestation mais l'aurait été lors de l'administration du test.

La juge Baribeau de la Cour municipale déclare M. Boucher coupable. Elle est d'avis que le témoignage de ce dernier n'est pas crédible et que, de ce fait, il ne peut servir de base à l'expertise. Elle conclut donc que la présomption légale n'est pas renversée :

2

3

4

5

[TRANSLATION] This expert evidence is based on the defendant's testimony about the facts. However, if the judge does not believe the defendant as regards the quantity of alcohol consumed, there is no evidence to the contrary.

6 Mr. Boucher appealed to the Superior Court. He argued that the Municipal Court judge had erred in fact and in law [TRANSLATION] "in interpreting and applying the evidence to the contrary" required to rebut the presumption that applied to the breathalyzer result. He also argued that the judge had erred in assessing his credibility. The Superior Court judge was of the opinion that the Municipal Court judge could not limit herself to analysing Mr. Boucher's credibility. Without reversing the decision as to credibility, he concluded as follows:

[TRANSLATION] Accordingly, with respect, even if the court does not believe the accused as regards the quantity of alcohol consumed, this is not sufficient to find that there is no evidence to the contrary. The court is of the view that an analysis of the evidence as a whole may raise a reasonable doubt about whether the blood alcohol level exceeded the permissible limit at the time of the arrest.

Thus, the absence of any symptoms other than the smell of alcohol and the expert's testimony regarding the possibility that the accused drank more than he stated are evidence that raises a reasonable doubt, and the appellant should have been given the benefit of that doubt.

([2001] Q.J. No. 4670 (QL), at paras. 23-24)

7 The prosecution appealed to the Court of Appeal. The appeal was limited to one question of law: whether the Superior Court could accept the expert's testimony when there was no credible evidence of the facts on which the opinion was based.

8 The three judges of the Court of Appeal wrote separate reasons ([2004] R.J.Q. 423). Rothman J.A. was of the opinion that the case concerned the nature of the evidence to the contrary required under s. 258(1)(c) *Cr. C.* to rebut the presumption as to the accuracy of the blood analysis certificate. He concluded that the Municipal Court judge had applied the wrong standard of proof to the question

Cette preuve présentée par un expert repose sur le témoignage du défendeur quant aux faits. Mais si le juge ne croit pas le défendeur quant à sa consommation d'alcool, il n'y a pas de preuve contraire.

M. Boucher se pourvoit devant la Cour supérieure. Il prétend que la juge de la Cour municipale a commis une erreur de faits et de droit « dans son interprétation et son application de la preuve contraire » requise à l'encontre de la présomption attachée au résultat de l'alcootest. Il plaide aussi que la juge a mal évalué sa crédibilité. Le juge de la Cour supérieure est d'avis que la juge de la Cour municipale ne pouvait se limiter à l'analyse de la crédibilité de M. Boucher. Sans renverser la décision relative à la crédibilité, il formule les conclusions suivantes :

En conséquence, avec égard, même si le tribunal ne croit pas l'accusé quant à la quantité d'alcool consommée, cela ne suffit pas pour conclure à l'absence de preuve contraire. Le tribunal estime que l'analyse de l'ensemble de la preuve peut susciter un doute raisonnable quant à la présence d'alcool dans le sang au-delà de la limite permise lors de l'arrestation.

Ainsi, l'absence de symptômes autres que l'odeur d'alcool et le témoignage de l'expert dans l'éventualité d'une consommation supérieure à celle déclarée par l'accusé sont des éléments qui suscitent un doute raisonnable dont aurait dû bénéficier l'appelant.

([2001] J.Q. n° 4670 (QL), par. 23-24)

La poursuite se pourvoit devant la Cour d'appel. L'appel se limite à une question de droit : la Cour supérieure pouvait-elle retenir le témoignage de l'expert, alors qu'il n'y avait pas de preuve crédible des faits sur lesquels l'opinion est fondée?

Les trois juges de la Cour d'appel exposent des motifs distincts ([2004] R.J.Q. 423). Le juge Rothman estime que le dossier concerne la nature de la preuve contraire requise par l'al. 258(1)c) *C. cr.* pour repousser la présomption d'exactitude du certificat d'analyse de sang. Il conclut que la juge de la Cour municipale a appliqué une norme de preuve erronée quant à ce qui constitue une

of what constitutes evidence to the contrary under s. 258(1)(c) *Cr. C.* In his opinion, regardless of whether or not the Municipal Court judge believed Mr. Boucher as regards his consumption, the evidence as a whole had to be taken into consideration. Citing the principles set out in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, he reached the following conclusion:

. . . the evidence of the accused together with the evidence of the expert witness coupled with the absence of any symptoms of impairment other than a smell of alcohol on the breath of the accused, as well as the relatively low level of alcohol recorded in the certificate of analysis were sufficient to raise a reasonable doubt that the accused was driving while he had a level of alcohol in his blood exceeding the level permitted by law. [para. 28]

On the use of the expert evidence, Beaugard J.A. disagreed with the Superior Court and Rothman J.A. He was of the opinion that the expert could not help in assessing the plausibility of Mr. Boucher's testimony. He agreed with Rothman J.A.'s conclusion because of the weakness of the reasons given by the Municipal Court judge for rejecting Mr. Boucher's testimony.

Forget J.A., dissenting, was of the opinion that, given the breathalyzer results of 93 mg and 92 mg, [TRANSLATION] "it is perfectly understandable that the police officers did not observe any physical symptoms of alcohol impairment other than the smell on the accused's breath" (para. 32). He concluded as follows:

[TRANSLATION] Since the trial judge rejected Boucher's testimony and the Superior Court judge found no palpable error in her assessment of the evidence, the expert evidence cannot raise any reasonable doubt to rebut the presumptions of accuracy and identity. [para. 50]

Relying on the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279, he then found that, without evidence concerning Mr. Boucher's alcohol tolerance, the fact that there were no physical symptoms other than the smell on his breath was not evidence to the contrary that could be used to rebut the presumptions set out in the *Criminal Code*.

preuve contraire au sens de l'al. 258(1)c) *C. cr.* Selon lui, que la juge de la Cour municipale ait cru M. Boucher ou non au sujet de sa consommation, l'ensemble de la preuve devait être pris en considération. Faisant appel aux principes énoncés dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, il tire la conclusion suivante :

[TRANSLATION] . . . le témoignage de l'accusé et celui de l'expert, conjugués à l'absence de symptômes d'affaiblissement des facultés — exception faite de l'odeur d'alcool dans l'haleine de l'accusé —, ainsi que le taux d'alcool relativement bas consigné dans le certificat d'analyse étaient suffisants pour soulever un doute raisonnable quant au fait que l'accusé aurait conduit avec une alcoolémie excédant celle autorisée par la loi. [par. 28]

Le juge Beaugard est en désaccord avec la Cour supérieure et avec le juge Rothman concernant l'utilité du témoignage de l'expert. Il estime que l'expert ne pouvait aider à évaluer la plausibilité du témoignage de M. Boucher. Il conclut comme le juge Rothman en raison de la faiblesse des motifs invoqués par la juge de la Cour municipale pour écarter le témoignage de M. Boucher.

Le juge Forget, dissident, est d'avis que, compte tenu des résultats de 93 mg et de 92 mg, « on comprend facilement que les policiers n'aient pas noté chez l'accusé de symptômes physiques de l'effet de l'alcool autres que l'odeur dégagée par son haleine » (par. 32). Il conclut ainsi :

La juge d'instance ayant écarté le témoignage de Boucher sans que le juge de la Cour supérieure décèle d'erreur manifeste dans son appréciation de la preuve, la preuve d'expert ne permet donc pas de soulever un doute raisonnable pour repousser les présomptions d'exactitude et d'identité. [par. 50]

Puis, se fondant sur l'arrêt *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279, de la Cour d'appel de l'Ontario, il estime que, sans preuve de la tolérance de M. Boucher à l'alcool, l'absence de symptômes physiques autres que l'odeur dégagée par son haleine ne constitue pas une preuve contraire permettant de repousser les présomptions édictées par le *Code criminel*.

9

10

11

12 The prosecution is appealing to this Court. It argues that the Municipal Court judge did not err in law in refusing to accept the expert's testimony as evidence to the contrary, since that testimony was based on Mr. Boucher's testimony, which had been rejected. Relying on the reasons of Rothman J.A., Mr. Boucher reiterates that the Municipal Court judge erred by not accepting his testimony.

1. Analysis

13 Since Rothman J.A. referred in his reasons to s. 258(1)(c) *Cr. C.* and Forget J.A. referred in his reasons to the two presumptions in the *Criminal Code*, it will be helpful to review the scope of the rules set out in ss. 258(1)(c), 258(1)(d.1) and 258(1)(g) *Cr. C.* (these provisions are reproduced in the Appendix). I will then consider how the law applies to the facts and will conclude with a few comments on Mr. Boucher's argument regarding his credibility.

1.1 *Rules in Sections 258(1)(c), 258(1)(d.1) and 258(1)(g) of the Criminal Code*

14 Where samples of an accused's breath have been taken pursuant to a demand made under s. 254(3) *Cr. C.*, Parliament has established separate presumptions in s. 258(1) *Cr. C.* to facilitate proof of the accused's blood alcohol level: two presumptions of identity and one presumption of accuracy. According to the presumption of identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.*, the accused's blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed is the same as the level at the time of the breathalyzer test. According to s. 258(1)(d.1) *Cr. C.*, where the alcohol level exceeds 80 mg at the time of the test, there is a presumption that it also exceeded 80 mg at the time when the offence was alleged to have been committed. The presumption of accuracy in s. 258(1)(g) *Cr. C.* establishes *prima facie* that the technician's reading provides an accurate determination of the blood alcohol level at the time of the test. These presumptions have certain similarities, but they remain distinct presumptions.

1.2 *Similarities*

15 The standard of proof that must be met to rebut the presumptions of identity and accuracy is the

La poursuite se pourvoit devant notre Cour. Elle plaide que la juge de la Cour municipale n'a pas commis d'erreur de droit en ne retenant pas le témoignage de l'expert à titre de preuve contraire, puisque ce témoignage est fondé sur celui de M. Boucher, lequel n'avait pas été retenu. S'appuyant sur les motifs du juge Rothman, M. Boucher réitère que la juge de la Cour municipale a fait erreur en ne retenant pas son témoignage.

1. Analyse

Compte tenu du renvoi à l'al. 258(1)c) *C. cr.* dans l'opinion du juge Rothman et de la mention des deux présomptions du *Code criminel* dans celle du juge Forget, il est utile de revoir la portée des règles énoncées aux al. 258(1)c), 258(1)d.1) et 258(1)g) *C. cr.* (dont le texte est reproduit en annexe). J'examinerai ensuite l'application du droit aux faits et terminerai par quelques commentaires sur l'argument de M. Boucher concernant sa crédibilité.

1.1 *Les règles énoncées aux al. 258(1)c), 258(1)d.1) et 258(1)g) du Code criminel*

Dans le cas où des échantillons d'haleine d'un accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du par. 254(3) *C. cr.*, le Parlement a prévu, au par. 258(1) *C. cr.*, des présomptions distinctes pour faciliter la preuve de l'alcoolémie : deux présomptions d'identité et une présomption d'exactitude. Suivant la présomption d'identité énoncée à l'al. 258(1)c) *C. cr.*, l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise correspond à son alcoolémie au moment de l'alcootest. Selon l'al. 258(1)d.1) *C. cr.*, si le taux d'alcool est supérieur à 80 mg au moment du test, il y a présomption qu'il l'était aussi au moment où l'infraction aurait été commise. La présomption d'exactitude de l'al. 258(1)g) *C. cr.* établit *prima facie* que le relevé du technicien fournit une mesure exacte de l'alcoolémie au moment de l'alcootest. Ces présomptions partagent certains points communs, tout en conservant leur caractère distinctif.

1.2 *Points communs*

La norme de preuve nécessaire pour réfuter les présomptions d'identité et d'exactitude est la même :

same: reasonable doubt. The defence has no burden of proof. Where there is evidence tending to show (1) that the blood alcohol level recorded on the certificate is not the same as the level at the time of the offence, (2) that the level did not exceed 80 mg or (3) that the certificate does not accurately reflect the blood alcohol level, the court does not have to be satisfied on a balance of probabilities. This evidence can come from that adduced by the Crown or the accused. In *Proudlock*, in explaining the expression “evidence to the contrary” in s. 306(2)(a) *Cr. C.*, the Court made the following comment:

... all the presumption does is to establish a *prima facie* case. The burden of proof does not shift. The accused does not have to “establish” a defence or an excuse, all he has to do is to raise a reasonable doubt. If there is nothing in the evidence adduced by the Crown from which a reasonable doubt can arise, then the accused will necessarily have the burden of adducing evidence if he is to escape conviction. However, he will not have the burden of proving his innocence, it will be sufficient if, at the conclusion of the case on both sides, the trier of fact has a reasonable doubt. [Emphasis added; pp. 548-49.]

This standard was applied by this Court to the expression “evidence to the contrary” in s. 258(1) *Cr. C.* in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, and in *St. Pierre*, at para. 102.

Section 258(1)(c) *Cr. C.* expressly provides that the alcohol level measured by a test administered within two hours after the vehicle was driven is, “in the absence of evidence to the contrary”, the same as the level at the time when the offence was alleged to have been committed. Although s. 258(1)(g) *Cr. C.* does not use the expression “in the absence of any evidence to the contrary”, those words are included therein by implication because of s. 25(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which allows the presumption to be rebutted by evidence to the contrary:

25. (1) Where an enactment provides that a document is evidence of a fact without anything in the context to indicate that the document is conclusive evidence, then, in any judicial proceedings, the document is admissible in evidence and the fact is deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary.

le doute raisonnable. La défense n’a pas de fardeau de persuasion. Une preuve tendant à démontrer (1) que le taux d’alcoolémie inscrit sur le certificat n’est pas identique à celui qui existait au moment de l’infraction, (2) qu’il n’est pas supérieur à 80 mg ou (3) que le certificat ne reflète pas exactement le taux d’alcoolémie n’a pas à convaincre le tribunal suivant la prépondérance des probabilités. Cette preuve peut ressortir de celle présentée soit par le ministère public soit par l’accusé. Dans *Proudlock*, expliquant les mots « preuve contraire » figurant à l’al. 306(2)a) *C. cr.*, la Cour dit ceci :

... la présomption ne constitue qu’une preuve *prima facie*. Le fardeau de la preuve n’est pas déplacé. L’accusé n’a pas à « établir » une défense ou une excuse, il lui suffit de soulever un doute raisonnable. S’il n’y a rien dans la preuve présentée par le ministère public qui puisse soulever un doute raisonnable, il incombe nécessairement à l’accusé de présenter une preuve s’il veut éviter une condamnation. Toutefois il n’a pas à prouver son innocence, il suffit qu’à la fin du procès, le juge du fond ait un doute raisonnable. [Je souligne; p. 548-549.]

Cette norme a été appliquée à l’expression « preuve contraire » au par. 258(1) *C. cr.* par notre Cour dans les affaires *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, et *St. Pierre*, par. 102.

Le texte de l’al. 258(1)c) *C. cr.* prévoit explicitement que le taux d’alcool mesuré lors de l’administration du test durant les deux heures suivant l’utilisation du véhicule est, « en l’absence de toute preuve contraire », identique à celui qui existait lorsque l’infraction aurait été commise. Même si le libellé de l’al. 258(1)g) *C. cr.* ne contient pas l’expression « en l’absence de toute preuve contraire », ces mots y sont implicitement inclus en raison du par. 25(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui permet de réfuter la présomption par une preuve contraire :

25. (1) Fait foi de son contenu en justice sauf preuve contraire le document dont un texte prévoit qu’il établit l’existence d’un fait sans toutefois préciser qu’il établit de façon concluante.

16

17

See *St. Pierre*, at para. 26, and P. Béliveau and M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (11th ed. 2004), at para. 830.

1.3 *Differences Between the Presumptions*

18 Although the differences between the presumptions are evident from reading s. 258(1) *Cr. C.*, the courts tended to confuse them. This Court therefore clarified these differences in *St. Pierre*.

19 The presumption of identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* can be rebutted by evidence that tends to show that the blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed was different from the level measured at the time of the breathalyzer test (*St. Pierre*, at paras. 44, 46 and 49). Thus, in *St. Pierre*, the accused consumed two miniature bottles of vodka after being arrested but before taking a breathalyzer test, and this fact was capable of rebutting the presumption that the blood alcohol level measured at the time of the test was the same as the blood alcohol level at the time she was driving her vehicle.

20 Such evidence to the contrary adduced to rebut the presumption of identity does not deprive the prosecution of the benefit of the presumption that the certificate accurately states the blood alcohol level at the time of the breathalyzer test (the presumption of accuracy). The Crown can still prove that the accused's blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed exceeded 80 mg; one piece of evidence would then be the reading taken by the breathalyzer, the accuracy of which is not in dispute. Additional evidence would be needed, however, to prove the blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed.

21 Evidence to the contrary that is adduced to rebut the presumption of accuracy in s. 258(1)(g) *Cr. C.* must tend to show that the certificate does not in fact correctly reflect the blood alcohol level at the time of the breathalyzer test. This evidence must raise a reasonable doubt about the accuracy of the breathalyzer result.

Voir : *St. Pierre*, par. 26, et P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (11^e éd. 2004), par. 830.

1.3 *Distinctions entre les présomptions*

Bien que les distinctions entre les présomptions soient apparentes à la lecture du par. 258(1) *C. cr.*, la jurisprudence avait tendance à les confondre. Notre Cour a donc précisé ces distinctions dans *St. Pierre*.

La présomption d'identité de l'al. 258(1)c) *C. cr.* peut être réfutée par une preuve tendant à montrer que l'alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise était différente de celle mesurée au moment de l'alcootest (*St. Pierre*, par. 44, 46 et 49). Ainsi, dans *St. Pierre*, après avoir été arrêtée mais avant de subir un alcootest, l'accusée avait bu deux petites bouteilles de vodka, fait qui pouvait réfuter la présomption que l'alcoolémie mesurée au moment du test correspondait à l'alcoolémie au moment où elle conduisait son véhicule.

Une telle preuve contraire présentée pour repousser la présomption d'identité n'a pas pour effet de faire perdre à la poursuite l'avantage de la présomption selon laquelle le certificat indique avec exactitude l'alcoolémie au moment de l'alcootest (ou présomption d'exactitude). Il demeure possible pour le ministère public de prouver que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise dépassait 80 mg; un des éléments de preuve serait alors le relevé de l'alcootest dont l'exactitude n'est pas contestée. Une preuve additionnelle serait cependant nécessaire pour prouver l'alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise.

Une preuve contraire visant à réfuter la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)g) *C. cr.* doit tendre à montrer que, dans les faits, le certificat ne reflète pas correctement le taux d'alcoolémie au moment de l'alcootest. Cette preuve doit soulever un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat de l'alcootest.

Shortly after *St. Pierre*, Parliament amended the *Criminal Code* to add s. 258(1)(d.1) *Cr. C.*, which expands the presumption of identity. According to this new provision, where the accused's blood alcohol level exceeded 80 mg at the time of the breathalyzer test, it will be presumed, in the absence of evidence to the contrary, to have exceeded 80 mg at the time when the offence was alleged to have been committed. The effect of the enactment of s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* was not to change the type of evidence needed to rebut the presumption of identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* or the presumption of accuracy in s. 258(1)(g) *Cr. C.*, but to reinforce the presumption of identity.

Having regard to the above-mentioned similarities and differences, we must now ask whether the presumptions have been rebutted in this case.

2. Application of the Law to the Facts of This Case

Mr. Boucher's defence was that, given what he had consumed, his blood alcohol level could not have been the level recorded by the breathalyzer test. He disputed the accuracy of the test and challenged the presumption set out in s. 258(1)(g) *Cr. C.* Although the expert tacitly alluded to the presumption of identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* in saying that, if the alcohol had been consumed in the minutes preceding the breathalyzer test, the level recorded by the test might not have been the same as the level at the time Boucher was stopped, this was not the defence theory. Rothman J.A. was correct to say that the case concerned the nature of the evidence to the contrary required to rebut the presumption of accuracy, but the parties and the judges were wrong to refer to s. 258(1)(c) *Cr. C.* The question is therefore whether Mr. Boucher adduced evidence to the contrary that raised a reasonable doubt about the accuracy of the breathalyzer results.

Rothman J.A. found that the Municipal Court judge had failed to consider the evidence as a whole as required by *W. (D.)*. In that case, this Court suggested an approach for determining whether guilt has been proved beyond a reasonable doubt in

Peu après l'arrêt *St. Pierre*, le Parlement a modifié le *Code criminel* pour y ajouter l'al. 258(1)d.1) *C. cr.*, qui élargit la présomption d'identité. Suivant cette nouvelle disposition, si l'alcoolémie de l'accusé était supérieure à 80 mg au moment de l'alcootest, elle sera, en l'absence de toute preuve contraire, présumée avoir été supérieure à 80 mg au moment où l'infraction aurait été commise. L'adoption de l'al. 258(1)d.1) *C. cr.* n'a pas eu pour effet de modifier le type de preuve nécessaire pour réfuter la présomption d'identité de l'al. 258(1)c) *C. cr.* ou la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)g) *C. cr.*, mais plutôt de renforcer la présomption d'identité.

Compte tenu des points communs et des distinctions susmentionnés, il y a maintenant lieu de se demander si les présomptions ont été réfutées en l'espèce.

2. L'application du droit aux faits de la présente affaire

Le moyen de défense invoqué par M. Boucher était que, vu sa consommation, son alcoolémie ne pouvait être celle indiquée par l'alcootest. Il contestait l'exactitude de l'alcootest et mettait en cause la présomption de l'al. 258(1)g) *C. cr.* Bien que l'expert ait fait allusion implicitement à la présomption d'identité de l'al. 258(1)c) *C. cr.* en mentionnant que, si la consommation avait lieu dans les minutes précédant le test, le taux révélé par l'alcootest pouvait ne pas être identique à celui existant lors de l'interception, telle n'était pas la thèse de la défense. C'est avec raison que le juge Rothman déclare que le litige concerne la nature de la preuve contraire requise pour repousser la présomption d'exactitude, mais c'est à tort que les parties et les juges se sont reportés à l'al. 258(1)c) *C. cr.* La question est donc la suivante : M. Boucher a-t-il présenté une preuve contraire faisant naître un doute raisonnable quant à l'exactitude des résultats de l'alcootest?

Le juge Rothman a conclu que la juge de la Cour municipale avait omis de considérer l'ensemble de la preuve comme le requiert l'arrêt *W. (D.)*. Dans cet arrêt, notre Cour a suggéré une démarche permettant de déterminer si une preuve hors de tout doute

22

23

24

25

cases where credibility is in question. That clarification was needed because the trial judge had told the jurors that, to reach a verdict, they had to decide whether they believed the defence evidence or the Crown's evidence. This charge was incorrect because it excluded a third possibility: that the jury could still have a reasonable doubt either because of the accused's testimony or in light of the evidence as a whole (p. 757). The instructions proposed in that case were as follows (at p. 758):

- (1) if the testimony of the accused is believed, the accused must be acquitted;
- (2) if the testimony of the accused is not believed but there is still a reasonable doubt, the accused must be acquitted;
- (3) even if the testimony does not raise any doubt, the jurors must still ask themselves whether, on the basis of all the evidence that they do accept, they are convinced beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused.

26 In the case at bar, the trier of fact did not believe the respondent and found that he had adduced no evidence to the contrary. The Superior Court judge reversed the trial judgment, not on the basis of credibility, as he had been asked to do, but because he found that the judge had erred with respect to the standard of proof required to rebut the presumption. He was of the opinion that the evidence as a whole could raise a reasonable doubt about whether the accused's blood alcohol level exceeded the permissible limit at the time of the arrest (para. 23). I myself do not think that the trier of fact committed an error that warrants intervention.

27 In assessing the consequences of rejecting Mr. Boucher's testimony, I will begin by accepting the trier of fact's finding on credibility, and will then explain why there is no reason to intervene on the question of credibility.

2.1 *Consequences of Rejecting Mr. Boucher's Testimony*

28 What are the consequences of rejecting Mr. Boucher's testimony? According to *Proudlock*, "if

raisonnable a été présentée dans les cas où la crédibilité est mise en doute. Cette précision était nécessaire parce que le juge du procès avait dit aux jurés que, pour arriver à un verdict, ils devaient décider s'ils ajoutaient foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite. Cet exposé était erroné puisqu'il écartait une troisième possibilité : celle que les jurés puissent encore avoir un doute raisonnable soit en raison du témoignage de l'accusé, soit en tenant compte de l'ensemble de la preuve (p. 757). Suivant la directive préconisée dans cet arrêt (p. 758) :

- (1) si le témoignage de l'accusé est cru, il doit être acquitté;
- (2) si le témoignage de l'accusé n'est pas cru mais qu'il subsiste un doute raisonnable, il doit être acquitté;
- (3) même si le témoignage ne suscite aucun doute, les jurés doivent tout de même se demander si, en raison de l'ensemble de la preuve acceptée, ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé.

Dans la présente affaire, la juge des faits n'a pas cru l'intimé et a conclu qu'il n'avait pas apporté de preuve contraire. Le juge de la Cour supérieure a infirmé ce jugement, non pas sur le fondement de la crédibilité comme il était invité à le faire, mais parce qu'il a conclu que la juge s'était trompée quant à la norme de preuve nécessaire pour réfuter la présomption. Il a estimé que l'ensemble de la preuve pouvait susciter un doute raisonnable quant à la présence d'alcool dans le sang au-delà de la limite permise lors de l'arrestation (par. 23). Pour ma part, je suis d'avis que la juge des faits n'a pas commis d'erreur justifiant une intervention.

Dans l'évaluation des conséquences du rejet du témoignage de M. Boucher, je tiendrai pour acquise la conclusion de la juge des faits sur la crédibilité, puis j'expliquerai pourquoi il n'y a pas lieu d'intervenir sur la question de la crédibilité.

2.1 *Conséquences du rejet du témoignage de M. Boucher*

Quelles sont les conséquences du rejet du témoignage de M. Boucher? Aux termes de

the trier of fact does not believe the evidence so tendered, the statutory presumption operates” in the absence of any other evidence (p. 542). Or as Fish J.A., as he then was, stated in *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (Que. C.A.):

“Evidence to the contrary” that is *disbelieved* will, of course, fail to neutralize, or to render inoperative, the presumption created by s. 258(1)(c) of the *Code*. [Emphasis in original; p. 92.]

With respect, the case at bar was not one to which *W. (D.)* applied. To neutralize the presumption, the judge needed only to have a reasonable doubt about the accuracy of the breathalyzer result. The approach set out in *W. (D.)* is not a sacrosanct formula that serves as a straitjacket for trial courts. Trial judges deliver oral judgments every day and often limit their reasons to the essential points. It would be wrong to require them to explain in detail the process they followed to reach a verdict. They need only give reasons that the parties can understand and that permit appellate review: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, and *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656. In the instant case, the judge, by stating that she did not believe Mr. Boucher, was implicitly addressing the first two steps in *W. (D.)*.

What evidence other than Mr. Boucher’s testimony, which was rejected, could have been taken into consideration? The expert’s evidence could have been, according to the Superior Court judge and Rothman J.A. of the Court of Appeal.

The expert’s opinion about the blood alcohol level the breathalyzer test should have shown was based on Mr. Boucher’s testimony. The expert did not evaluate Mr. Boucher’s resistance to alcohol. He simply provided average figures relating to the blood alcohol level of a 28-year-old man who weighs 175 pounds and is 5’11” tall and who consumes 44 ounces of beer containing five percent alcohol over a period of two to three hours. If a judge does not believe that an accused consumed

l’arrêt *Proudlock*, « si le juge du fond n’ajoute pas foi à la preuve ainsi présentée, la présomption légale joue » en l’absence de toute autre preuve (p. 542). Ou, comme le dit le juge Fish, alors membre de la Cour d’appel du Québec, dans *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 :

[TRADUCTION] Une « preuve contraire » qui *n’est pas retenue* n’a évidemment pas pour effet de neutraliser la présomption créée par l’al. 258(1)c) du *Code* ou de la rendre inopérante. [En italique dans l’original; p. 92.]

Avec égards pour l’opinion contraire, il ne s’agissait pas en l’espèce d’un cas d’application de l’arrêt *W. (D.)*. Pour neutraliser la présomption, la juge devait seulement avoir un doute raisonnable quant à l’exactitude du résultat de l’alcooltest. La démarche énoncée dans *W. (D.)* ne constitue pas une formule sacro-sainte emprisonnant les tribunaux d’instance dans un carcan. Les juges d’instances rendent quotidiennement des jugements oraux et limitent souvent leurs motifs à l’essentiel. Ce serait une erreur de leur imposer l’obligation d’expliquer par le menu le cheminement qu’ils ont suivi pour arriver au verdict. Il leur suffit de motiver leur jugement de façon à en permettre la compréhension par les parties et l’examen par les tribunaux d’appel : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, et *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656. En l’espèce, en déclarant qu’elle ne croyait pas M. Boucher, la juge s’exprimait implicitement sur les deux premières étapes de *W. (D.)*.

Mis à part le témoignage de M. Boucher, qui a été écarté, quelle autre preuve pouvait être prise en considération? Le témoignage de l’expert, disent le juge de la Cour supérieure et le juge Rothman de la Cour d’appel.

L’opinion de l’expert sur le taux d’alcoolémie qu’aurait dû indiquer l’alcooltest reposait sur le témoignage de M. Boucher. L’expert n’a pas évalué la résistance de M. Boucher à l’alcool. Il a simplement fourni des données moyennes concernant l’alcoolémie d’un homme de 28 ans pesant 175 livres et mesurant 5 pieds 11 pouces, qui aurait consommé, durant une période de deux à trois heures, 44 onces de bière contenant cinq pour cent d’alcool. Si le juge ne croit pas qu’un accusé a consommé 44 onces de

29

30

31

44 ounces of beer, the expert's calculation is of no help. Such evidence merely provides theoretical information that differs from the facts on which judgment was based. If the expert evidence is based on the accused's testimony and the accused's testimony is not believed, the expert's evidence cannot assist the court or constitute evidence to the contrary. What else is left?

32 The Superior Court judge and Rothman J.A. were of the opinion that the absence of symptoms other than the smell of alcohol was also a factor that could raise a reasonable doubt. Forget J.A., on the other hand, was of the opinion that this was a neutral factor. He was correct, in my view.

33 Evidence that there are no symptoms is indeed very relevant to the charge of impaired driving. In fact, this explains why, when the prosecution closed its case, it asked the judge to acquit Mr. Boucher on that charge. The situation is quite different for the charge of driving with a blood alcohol level over 80 mg. The offence of driving with a level exceeding 80 mg does not require proof of impairment. The absence of symptoms of impairment is generally not sufficient to constitute evidence to the contrary that can be used to rebut the presumption of accuracy. This is because a lack of evidence of the usual symptoms of impairment, such as staggering and slurred speech, does not provide information about the actual blood alcohol level. Symptoms such as these usually accompany extremely high blood alcohol levels. Conversely, very low levels are generally consistent with an absence of symptoms. An absence of symptoms is therefore not significant in itself if the court does not know the accused's level of alcohol tolerance.

34 The expert who testified in this case has not enlightened the Court about Mr. Boucher's alcohol tolerance. He relied on statistical averages. By definition, the reason there are averages is that not everyone who consumes alcohol reacts in the same way. The level of alcohol tolerance is not a matter

bière, le calcul fait par l'expert n'est d'aucune utilité. Ce témoignage ne fait qu'apporter des données théoriques qui diffèrent des faits servant d'assise au jugement. Si le témoignage de l'expert est fondé sur le témoignage de l'accusé et que celui-ci n'est pas cru, le témoignage du premier ne saurait éclairer le tribunal et constituer une preuve contraire. Que reste-t-il d'autre?

Le juge de la Cour supérieure et le juge Rothman sont d'avis que l'absence de symptômes autres que l'odeur d'alcool est aussi un élément qui peut susciter un doute raisonnable. Le juge Forget est plutôt d'opinion que cet élément est neutre. Il a, à mon avis, raison.

La preuve d'absence de symptômes est certes très pertinente à l'égard de l'accusation d'avoir conduit avec les facultés affaiblies. C'est d'ailleurs ce qui explique que la poursuite, à la clôture de sa preuve, ait demandé à la juge d'acquitter M. Boucher sur le chef de conduite avec les facultés affaiblies. Il en va tout autrement de l'accusation d'avoir conduit avec un taux supérieur à 80 mg d'alcool. L'infraction de conduite avec un taux supérieur à 80 mg ne requiert pas la preuve que les facultés sont affaiblies. L'absence de symptômes de l'affaiblissement des facultés n'est généralement pas suffisante pour constituer une preuve contraire permettant de repousser la présomption d'exactitude. En effet, l'absence de preuve des symptômes habituels de facultés affaiblies comme la démarche chancelante et la bouche pâteuse ne fournit pas d'information sur le taux réel d'alcoolémie. Des niveaux extrêmes d'alcoolémie sont habituellement accompagnés de tels symptômes, mais, à l'opposé, des niveaux infimes sont généralement compatibles avec l'absence de symptômes. L'absence de symptômes ne constitue donc pas, en soi, un fait significatif si le tribunal ne connaît pas le niveau de la tolérance de l'accusé à l'alcool.

Sur cet aspect, l'expert entendu dans la présente affaire n'éclaire pas la Cour sur la tolérance de M. Boucher à l'alcool. Il s'appuie sur des moyennes statistiques. Par définition, s'il s'agit de moyennes, c'est que toutes les personnes qui consomment de l'alcool ne réagissent pas de la même façon. Le degré

for judicial notice, particularly when the case does not involve extremely high levels. The difference of opinion between two judges of the Court of Appeal on this point is certainly indicative of a need to rely on the usual methods of proof in this regard. Like Forget J.A., I agree with the following statement by Charron J.A., as she then was, in *Latour*:

Second, and more importantly, this evidence is not capable of constituting “evidence to the contrary”. Even accepting as a fact that a “normal, average” person with the same breathalyser readings should exhibit stronger indicia of impairment than that observed in the respondent, this fact is of no consequence in the absence of evidence on the respondent’s tolerance to alcohol. This opinion evidence, as presented, without any connection to the respondent, is merely speculative and of no evidentiary value. [para. 14]

Mr. Boucher’s testimony, the expert evidence and the absence of the usual symptoms of intoxication (except the smell of alcohol) were not evidence to the contrary. What other evidence constituted evidence to the contrary? In the opinion of Rothman J.A., the low level recorded by the breathalyzer test was another factor that could raise a reasonable doubt. But I find it difficult to see how the fact that the alcohol levels were 93 mg and 92 mg (which Rothman J.A. characterized as low) could constitute evidence that the breathalyzer result was inaccurate. How can the results of 93 mg and 92 mg show that the result itself was inaccurate? The result is precisely the figure that the accused claimed was inaccurate. To achieve his goal, he should logically have tried to discredit that figure, not to use it. The result cannot be both evidence and evidence contrary to that evidence.

The Municipal Court judge stated that, because she did not believe Mr. Boucher, the expert evidence was not evidence to the contrary. This statement implied that, of all the evidence she had heard, only the expert evidence would have been capable of constituting evidence to the contrary if it had had any basis. To reach that conclusion, she must necessarily have assessed the evidence as a

de tolérance à l’alcool ne relève pas de la connaissance d’office, particulièrement lorsqu’il ne s’agit pas de niveaux extrêmes. La divergence de vues de deux juges de la Cour d’appel sur ce point est assurément indicative du besoin de recourir aux modes habituels de preuve pour cet élément. Tout comme le juge Forget, je suis d’accord avec l’énoncé suivant fait par la juge Charron, alors qu’elle siégeait à la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’affaire *Latour* :

[TRADUCTION] Deuxièmement, point plus important, la preuve en question ne saurait constituer une « preuve contraire ». Même en admettant qu’une personne « moyenne normale », présentant des résultats identiques d’alcooltest, devrait manifester des signes plus marqués d’affaiblissement des facultés que ceux observés chez l’intimé, ce fait n’a aucune incidence en l’absence de preuve quant à la tolérance de celui-ci à l’alcool. Ce témoignage d’opinion, tel qu’il a été présenté, sans être rattaché à l’intimé, a un caractère purement spéculatif et n’a aucune valeur probante. [par. 14]

Ni le témoignage de M. Boucher, ni le témoignage de l’expert, ni l’absence des symptômes habituels d’ébriété (sauf l’odeur) ne constituent une preuve contraire. Quel autre élément constitue une preuve contraire? Pour le juge Rothman, le faible taux relevé par l’alcooltest constitue un autre élément susceptible de soulever un doute raisonnable. Cependant, je vois difficilement comment la prise en considération des niveaux d’alcool de 93 mg et 92 mg (que le juge Rothman qualifie de bas) peut constituer une preuve que le résultat de l’alcooltest serait inexact. Comment les résultats de 93 mg et 92 mg peuvent-ils démontrer que le résultat lui-même est inexact? Le résultat est justement la donnée que l’accusé prétend inexacte. Pour atteindre son but, l’accusé devrait logiquement chercher à discréditer cette donnée, pas à l’utiliser. Le résultat ne peut constituer à la fois la preuve et son contraire.

La juge de la Cour municipale dit que, parce qu’elle ne croit pas M. Boucher, le témoignage de l’expert ne constitue pas une preuve contraire. Par ces remarques, elle indique que, de la preuve qu’elle a entendue, seul le témoignage de l’expert serait susceptible de constituer une preuve contraire s’il avait une quelconque assise. Pour tirer cette conclusion, elle doit nécessairement avoir évalué la preuve dans

35

36

whole. In my opinion, the Superior Court judge and Rothman J.A. could not reproach her for failing to consider the evidence as a whole.

37 In short, unless Mr. Boucher's testimony is reassessed and given a different weight than the trial judge gave it, I see nothing that the trial judge rejected that she should have taken into consideration to find that there was a reasonable doubt.

38 I will make one further comment on the expert's testimony about the difference in the levels, attributable to the absorption time, between the time when the offence was alleged to have been committed and the time of the test. This evidence was adduced as evidence to the contrary in relation to the presumption of identity. It is relevant to recall that the argument to which the expert alluded is not a new one. It was made in *St. Pierre*, and this Court rejected it:

If any evidence of difference between the accused's blood alcohol level at the time of the testing and at the time of the driving could be considered "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c) so as to rebut the presumption, then the presumption could be rebutted in every case. The simple reason for this is that an intoxicated person's blood alcohol level is constantly changing as a result of absorption and elimination of alcohol into and out of the blood. A person charged with "over 80" could simply show that his blood alcohol level changed between driving and being stopped because some of the alcohol had been metabolized in the interim, and suddenly the presumption in s. 258(1)(c) would be gone. . . . If this normal process of absorption and elimination were considered to be "evidence to the contrary", then the presumption would be useless, since it could always be rebutted.

The effect of normal biological processes of absorption and elimination of alcohol cannot of and by itself constitute "evidence to the contrary", because Parliament can be assumed to have known that blood alcohol levels constantly change, yet it saw fit to implement the presumption. Therefore, as Arbour J.A. states, to permit this to become "evidence to the contrary"

son ensemble. À mon avis, le juge de la Cour supérieure et le juge Rothman ne pouvaient lui reprocher de ne pas avoir tenu compte de l'ensemble de la preuve.

En somme, à moins de réévaluer le témoignage de M. Boucher et de lui accorder un poids différent de celui que la juge d'instance lui a donné, je ne vois aucun élément que celle-ci aurait écarté alors qu'elle aurait dû le prendre en considération et conclure à l'existence d'un doute raisonnable.

J'ajouterai un commentaire additionnel sur le témoignage de l'expert au sujet de la différence de taux, attribuable au délai d'absorption, entre le moment où l'infraction aurait été commise et celui du test. Ce témoignage est présenté comme une preuve contraire relativement à la présomption d'identité. Il est pertinent de rappeler que l'argument auquel l'expert a fait allusion n'est pas nouveau. Il a été avancé dans l'affaire *St. Pierre*, et notre Cour l'a rejeté :

Si toute preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'elle était au volant pouvait être tenue pour une « preuve contraire » au sens de l'al. 258(1)(c), et pouvait donc réfuter la présomption, alors la présomption pourrait être réfutée dans tous les cas. C'est tout simplement que l'alcoolémie d'une personne ivre change constamment par suite de l'absorption ou de l'élimination de l'alcool dans son sang. Une personne accusée d'une infraction de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 » pourrait simplement montrer que son alcoolémie a changé entre le moment de l'infraction et le moment de l'interpellation, parce qu'une partie de l'alcool a été assimilée entre temps et, ipso facto, la présomption énoncée à l'al. 258(1)(c) serait privée d'effet. [. . .] Si ce processus normal d'absorption et d'élimination était considéré comme une « preuve contraire », alors la présomption serait inutile, car elle pourrait être réfutée dans tous les cas.

L'effet du processus biologique normal de la transformation de l'alcool par le métabolisme ne saurait en soi constituer une « preuve contraire », parce qu'il faut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie variait continuellement et qu'il a néanmoins jugé bon d'établir cette présomption. Par conséquent, comme le dit le juge Arbour, ériger cela en « preuve contraire »

would, in effect, be nothing more than an attack on the presumption itself by showing that it is a legal fiction and therefore should never be applied. In my view, such an attack on the presumption should not be allowed. [Emphasis added; paras. 59 and 61.]

In light of this passage from *St. Pierre*, the evidence regarding absorption time presented by the expert in the case at bar was inadmissible. The expert's evidence was based not on the accused's personal reaction to alcohol but rather on the absorption process in general and the fictional nature of the presumption itself.

2.2 Questioning of Credibility

In this Court, Mr. Boucher is again arguing that the Municipal Court judge should not have rejected his testimony.

There is no need to refer to all this Court's decisions relating to the standard of intervention that applies to a trial judge's findings on the credibility of witnesses. Appellate courts exercise great restraint in dealing with this issue. In the instant case, I agree with my colleagues that the Municipal Court judge erred in law in stating the principles that guided her analysis of Mr. Boucher's credibility. However, her errors were not fatal. I said above that this is not a case to which *W. (D.)* applies, and I am also of the opinion that it is not a case to which *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, applies.

The Municipal Court judge correctly identified the applicable standard, namely reasonable doubt. It is true that she erred when she said that the evidence must not merely be reasonably true: *R. v. Duguay*, [1993] Q.J. No. 58 (QL) (C.A.). However, since that comment was made immediately after she identified the standard, I do not believe that the error warrants intervention. The reasonable doubt standard is applied by trial judges on a daily basis. In this case, the erroneous comment was not part of an instruction to a jury. The error reflects a problem with the wording she used more than a misconception of the applicable law.

équivaldrait tout au plus à attaquer la présomption elle-même en démontrant qu'elle n'est qu'une fiction juridique et qu'elle ne devrait jamais être appliquée. À mon avis, une telle attaque contre la présomption ne doit pas être admise. [Je souligne; par. 59 et 61.]

Cet extrait de l'arrêt *St. Pierre* démontre l'inadmissibilité de la preuve présentée par l'expert en l'espèce au sujet du délai d'absorption. Le témoignage de l'expert n'est pas fondé sur la réaction à l'alcool de l'accusé personnellement mais plutôt sur le processus d'absorption en général et le caractère fictif de la présomption elle-même.

2.2 Mise en doute de la crédibilité

M. Boucher reprend devant notre Cour l'argument suivant lequel la juge de la Cour municipale n'aurait pas dû écarter son témoignage.

Il n'est pas nécessaire de rappeler tous les arrêts de notre Cour traitant de la norme d'intervention concernant les conclusions du juge d'instance sur la crédibilité des témoins. C'est avec une très grande réserve que les tribunaux d'appel abordent cette question. En l'espèce, tout comme mes collègues, j'estime que la juge de la Cour municipale a commis des erreurs de droit lorsqu'elle a énoncé les principes guidant l'analyse de la crédibilité de M. Boucher. Ces erreurs ne sont cependant pas fatales. J'ai dit plus tôt qu'il ne s'agit pas d'un cas d'application de l'arrêt *W. (D.)*, et je suis d'avis qu'il ne s'agit pas non plus d'un cas d'application de l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

La juge de la Cour municipale fait correctement état de la norme applicable, soit le doute raisonnable. Il est vrai qu'elle fait erreur lorsqu'elle mentionne que la preuve ne doit pas seulement être raisonnablement vraie : *R. c. Duguay*, [1993] A.Q. n° 58 (QL) (C.A.). Cependant, comme ce commentaire suit immédiatement celui dans lequel elle formule la norme, j'estime que l'erreur ne justifie pas une intervention. La norme du doute raisonnable est appliquée quotidiennement par les juges d'instance. En l'espèce, le commentaire erroné ne faisait pas partie d'une directive à un jury. L'erreur relève davantage d'un problème de formulation que de l'expression d'une conception erronée du droit applicable.

39

40

41

42

43 The judge also erred when she stated that the credibility of the accused and his witnesses could be assessed in light of the results of the breathalyzer tests before applying the presumption. She relied for this on the decisions of the Quebec and Ontario Courts of Appeal in *R. v. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412, and *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266, which should not be followed on this point. Breathalyzer results cannot be used to assess the credibility of a witness. As I explained earlier, it would be circular to rely on the test results to determine whether there is evidence that could raise a doubt regarding those very results. However, despite the reference to this principle, which is incorrect in law, the judge did not rely on the test results at all in her analysis of the evidence. Since the judge gave detailed reasons with respect to Mr. Boucher's credibility and did not refer to the results, it would be speculative to claim that her mistaken wording influenced her analysis. Her statements about the law, like the reasons she gave for rejecting Mr. Boucher's testimony, must be considered in their context and assessed as a whole.

44 The main reasons given by the Municipal Court judge for rejecting Mr. Boucher's testimony are grounded purely in fact. They relate to the route he took on the night of his arrest.

45 Eric Lambert, a police officer, testified that a main roadblock had been set up on Boulevard La Vérendrye north of the Lachine Canal to stop drivers who had been drinking. The vehicles targeted were travelling from east to west. A main roadblock with flashing lights was set up at 2:00 a.m. in a place where there was not much traffic. Since the blue and red flashing lights were visible from a considerable distance, any streets that could be used to bypass the main roadblock were blocked by secondary roadblocks. Mr. Boucher was seen driving on La Vérendrye and turning onto such a street, where he was stopped.

46 Dany Godin, also a police officer, explained that the secondary roadblock had been set up to

La juge fait aussi erreur lorsqu'elle précise que la crédibilité de l'accusé et de ses témoins peut être appréciée au regard des résultats des alcootests avant l'application de la présomption. Elle se fondait alors sur les arrêts de la Cour d'appel du Québec et de celle de l'Ontario dans *R. c. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412, et *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266, lesquels ne devraient pas être suivis sur cette question. Les résultats de l'alcootest ne peuvent être utilisés pour évaluer la crédibilité d'un témoin. Comme je l'ai expliqué précédemment, constituerait un raisonnement circulaire le fait de se reporter aux résultats du test pour déterminer s'il existe une preuve permettant de mettre en doute ces mêmes résultats. Cependant, malgré la mention de ce principe erroné en droit, la juge ne se reporte aucunement aux résultats des tests dans son analyse de la preuve. Comme elle expose des motifs détaillés sur la crédibilité de M. Boucher et ne fait aucune allusion aux résultats, prétendre que la formulation erronée a influencé l'analyse ne serait que spéculation. Les énoncés de la juge sur le droit, tout comme les motifs qu'elle donne pour rejeter le témoignage de M. Boucher, doivent être replacés dans leur contexte et être évalués dans leur ensemble.

Les principaux motifs invoqués par la juge de la Cour municipale pour rejeter le témoignage de M. Boucher ont un fondement purement factuel. Ils sont liés au parcours emprunté par celui-ci le soir de l'arrestation.

Selon le témoignage du policier Eric Lambert, un barrage principal est érigé sur le boulevard La Vérendrye, au nord du canal Lachine, pour intercepter les conducteurs ayant consommé de l'alcool. Les véhicules visés circulaient d'est en ouest. Un barrage principal est dressé, avec gyrophares, à 2 h du matin, dans un endroit peu achalandé. Comme les gyrophares bleu et rouge sont visibles de loin, les voies permettant d'éviter le barrage principal sont bloquées par des barrages secondaires. On a vu M. Boucher rouler sur La Vérendrye et tourner dans une voie d'évitement, où il a été intercepté.

Le policier Dany Godin explique à son tour que le barrage secondaire a été dressé pour intercepter

intercept drivers who saw the main roadblock and tried to bypass it. Le Caron, the street where the secondary roadblock was set up, was the only street vehicles could take to leave the area. Only one car was stopped there, namely Mr. Boucher's. The officer testified that he had asked Mr. Boucher why he had gotten off La Vérendrye, on which he had been driving toward Ville La Salle, where he lived, to take Le Caron but that he had received no answer.

On cross-examination, Mr. Boucher testified that his usual route was to take St-Patrick, a street on the other side of the canal, and admitted that the "logical" route would have been to take La Vérendrye to Ville La Salle. He gave no explanation for his change of direction. He first claimed not to have seen the flashing lights but then said that they [TRANSLATION] "were farther off":

[TRANSLATION]

- Q. Fine. You didn't see the roadblocks?
- A. No.
- Q. So, I understand that you didn't see the flashing lights or anything ahead of you at all . . .
- A. Well, they were farther off, it . . .
- Q. That's what people say, but you are familiar with the southwest.
- A. Yes, I'm familiar with the southwest.
- Q. Right, you . . . you heard the police officers testify about the place where the . . .
- A. Yes.
- Q. . . . main roadblock was set up, you'll agree with me that it wasn't far . . .
- A. No.
- Q. . . . from the intersection of Le Caron and the main roadblock?
- A. That's right.
- Q. It wasn't 200 metres away?
- A. I have no idea . . .
- Q. O.K.
- A. . . . of the distance.

les automobilistes qui voient le barrage principal et qui veulent l'éviter. La rue Le Caron, où ce barrage était placé, est la seule par laquelle les voitures pouvaient sortir du secteur. Une seule voiture y a été interceptée, celle de M. Boucher. Le policier témoigne avoir demandé à ce dernier pourquoi il avait quitté le boulevard La Vérendrye, alors qu'il roulait en direction de Ville La Salle où était située sa résidence, pour emprunter la rue Le Caron, mais dit n'avoir obtenu aucune réponse.

M. Boucher témoigne, en contre-interrogatoire, que son parcours habituel emprunte la rue St-Patrick, de l'autre côté du canal, et admet que le trajet « logique » aurait été de suivre le boulevard La Vérendrye jusqu'à Ville La Salle. Il ne donne pas d'explication sur son changement de direction. Il prétend d'abord n'avoir pas vu les gyrophares, mais dit ensuite qu'ils « étaient plus loin » :

- Q. Ça va. Vous n'avez pas vu les barrages routiers?
- R. Non.
- Q. Donc, je comprends que vous n'avez pas vu du tout les gyrophares ou quoi que ce soit qui était devant vous. . .
- R. Bien, ils étaient plus loin là, c'est. . .
- Q. C'est ce qu'on dit, mais vous connaissez le sud/ouest là.
- R. Oui, je connais le sud/ouest.
- Q. D'accord, vous l'avez. . . vous avez entendu les policiers témoigner sur l'endroit où était installé. . .
- R. Oui.
- Q. . . . le barrage principal, vous admettez avec moi là que ce n'est pas loin. . .
- R. Non.
- Q. . . . de l'intersection Le Caron et le barrage principal?
- R. C'est vrai.
- Q. Ça ne fait pas 200 mètres?
- R. J'ai aucune idée. . .
- Q. D'accord.
- R. . . . de la distance.

48

Mr. Boucher was certainly entitled not to answer the police officer's questions. However, the judge could take into consideration the fact that he had not followed his usual route, or a logical one, the night of the arrest. No explanation for this change of route could be found in the evidence. It constituted circumstantial evidence that the judge could interpret in light of the reticence Mr. Boucher showed at various points in his testimony. Presumptions of fact could operate where pure logic could not explain Mr. Boucher's conduct before his arrest. The following extract from the oral judgment is revealing:

[TRANSLATION] I find that in your testimony, right from your examination in chief, you tried to justify, among other things, why you took Le Caron, but the only explanation you gave was: I took La Vérendrye to take Le Caron. In light of the evidence that usually you at least take St-Patrick, otherwise La Vérendrye all the way to La Salle, and that that evening it was La Vérendrye to Ville La Salle, this makes me doubt your credibility.

And then, with regard to . . . the evidence with regard to the roadblock, I have evidence from the prosecution that it was impossible not to see it. And you are telling me: look, I didn't see anything! I cannot accept your version.

49

The Court's role is not to reassess the evidence but to determine whether the reasons given by the judge reveal errors of law that may have influenced her assessment of the evidence. I find that they reveal no such errors. The judge was in a position to assess the demeanour of the witness, the content of his testimony and what he omitted, and this is not a case in which a new trial should be ordered.

3. Conclusion

50

For all these reasons, I would allow the appeal, set aside the decisions of the Court of Appeal and the Superior Court and restore the Municipal Court's judgment convicting the respondent of driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit.

M. Boucher avait certes le droit de ne pas répondre aux questions du policier. La juge pouvait cependant prendre en considération le fait qu'il n'avait pas, la nuit de l'arrestation, suivi son chemin habituel ou un trajet logique. Ce changement du parcours n'était pas expliqué par la preuve et constituait un élément de preuve circonstancielle. La juge pouvait interpréter ce fait sous l'éclairage des réticences qui se dégageaient de son témoignage. Les présomptions de fait pouvaient jouer, là où la « logique » ne pouvait expliquer le comportement de M. Boucher avant son arrestation. L'extrait suivant du jugement oral est révélateur :

Lors de votre témoignage, je considère que vous avez essayé de justifier entre autres, dès l'interrogatoire en chef, pourquoi vous avez pris Le Caron, mais sans expliquer plus que ça, j'ai pris La Vérendrye pour prendre Le Caron. Compte tenu de la preuve à l'effet que habituellement, on prend au moins St-Patrick sinon et La Vérendrye jusqu'à La Salle et que ce soir-là, c'était La Vérendrye jusqu'à Ville La Salle, ça me met en doute votre crédibilité.

Ensuite, quant au [. . .] la preuve quant au barrage routier, j'ai en preuve que c'était impossible de ne pas le voir de la part de la poursuite. Vous me dites, écoutez, je n'ai rien vu! Je ne peux pas retenir votre version.

Il ne s'agit pas pour la Cour de réévaluer la preuve, mais de déterminer si l'exposé des motifs de la juge révèle que les erreurs de droit ont pu influencer son appréciation de la preuve. Je conclus par la négative. La juge a pu apprécier le comportement du témoin, le contenu de son témoignage et ses omissions; il ne s'agit pas d'un cas où un nouveau procès devrait être ordonné.

3. Conclusion

Pour toutes ces raisons, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure et de rétablir le jugement de la Cour municipale déclarant l'intimé coupable d'avoir conduit avec un taux d'alcool supérieur à la limite permise.

English version of the reasons of Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. delivered by

CHARRON J. (dissenting in part) — I have read the reasons of Deschamps J., and I too believe that we must set aside the acquittal entered by Rothman and Beauregard J.J.A. of the Court of Appeal (each for different reasons): [2004] R.J.Q. 423. However, for the reasons that follow, I disagree with the analysis by Deschamps J. of the trial judge's assessment of Mr. Boucher's credibility. As found by Downs J. of the Superior Court ([2001] Q.J. No. 4670 (QL)) and the majority of the Court of Appeal, the trier of fact made a fatal error in principle on this question: Judge Baribeau considered only whether she *believed* the accused, without determining whether his testimony, even though she did not believe it, raised a reasonable doubt in her mind about his consumption of alcohol on the evening in question. This is one of the reasons why I cannot agree that the trial judgment convicting Mr. Boucher should be restored. Rather, I am of the opinion that we should order a new trial.

When all is said and done, Mr. Boucher's credibility is the issue on which this case turns. I will explain why.

Mr. Boucher was charged with operating a motor vehicle with a blood alcohol level of 93 mg per 100 ml of blood according to the first breathalyzer test and 92 mg according to the second. At paragraphs 3 and 4, my colleague summarizes Mr. Boucher's testimony about his alcohol consumption as well as the expert evidence. As she notes, Mr. Boucher testified that he had drunk two large beers in a tavern during the two to three hours prior to his arrest. Based on that consumption, the defence's expert witness said that, in his opinion, a man of Mr. Boucher's age, weight and height should in fact have had a blood alcohol level of between 45 and 60 mg. The expert also expressed the following opinion concerning the possibility that the quantity

Les motifs des juges Binnie, LeBel, Fish et Charron ont été rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente en partie) — J'ai pris connaissance des motifs de la juge Deschamps et je suis d'accord que nous devons infirmer l'acquiescement prononcé par les juges Rothman et Beauregard de la Cour d'appel (chacun pour des motifs différents) : [2004] R.J.Q. 423. Toutefois, pour les raisons qui suivent, je suis en désaccord avec l'analyse de la juge Deschamps en ce qui a trait à l'appréciation de la crédibilité de M. Boucher par la juge de première instance. Comme ont conclu le juge Downs de la Cour supérieure ([2001] J.Q. n^o 4670 (QL)) et la majorité de la Cour d'appel, la juge des faits a commis une erreur de principe fatale sur cette question — la juge Baribeau s'étant interrogée uniquement sur la question de savoir si elle *croyait* l'accusé sans déterminer si, malgré le fait qu'elle ne le croyait pas, le témoignage de M. Boucher soulevait néanmoins un doute raisonnable dans son esprit quant à la consommation d'alcool de ce dernier le soir en question. Pour ce motif, entre autres, je ne peux souscrire au rétablissement du jugement de première instance déclarant M. Boucher coupable. Je suis plutôt d'avis que nous devons ordonner un nouveau procès.

La crédibilité de M. Boucher constitue, en définitive, la question déterminante dans la présente affaire. J'explique pourquoi.

M. Boucher est accusé d'avoir conduit une automobile avec une alcoolémie de 93 mg par 100 ml de sang suivant un premier alcootest et de 92 mg suivant un deuxième. Ma collègue résume le témoignage de M. Boucher quant à sa consommation d'alcool et la preuve d'expert aux par. 3 et 4. Comme elle le note, M. Boucher a témoigné avoir consommé deux bières grand format dans une brasserie au cours des deux à trois heures ayant précédé son arrestation. Se fondant sur cette consommation, le témoin expert de la défense dit être d'avis que, pour un homme de l'âge, du poids et de la grandeur de M. Boucher, l'alcoolémie devrait plutôt se situer entre 45 et 60 mg. S'appuyant sur une hypothèse de consommation différente de la consommation

51

52

53

Mr. Boucher consumed differed from the amount he said he had consumed:

[TRANSLATION] In other words, if he isn't telling us the truth and he did in fact drink four large beers, if we believe that he finished them ten minutes before he was stopped, even if that is true it might be . . . it is entirely possible to think he wouldn't have gone over, but once he got to the police station he reached a plateau and had the levels put in evidence before the court.

54 First, if Mr. Boucher's testimony about the alcohol he consumed had not been rejected, the expert evidence could have rebutted the presumption of accuracy in s. 258(1)(g) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, since the expert in the case at bar was of the opinion that the breathalyzer results would not have exceeded 60 mg. However, without a factual basis, the opinion of the expert witness had no evidentiary value: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24. In the instant case, only Mr. Boucher's testimony about the alcohol he consumed was capable of providing that factual basis. Since there is nothing to suggest that the expert evidence was not credible in itself, the case therefore turned on the assessment of Mr. Boucher's credibility. I will come back to this point.

55 Second, regarding the possibility that Mr. Boucher had consumed more alcohol than he stated (namely four large beers, leading to the results of 93 mg and 92 mg obtained in this case), the expert evidence, as summarized in the above passage, was offered as evidence to the contrary to rebut the presumption of identity in s. 258(1)(c), which is a presumption that the breathalyzer results correspond to the blood alcohol level at the time of the offence. In this respect, I am entirely in agreement with my colleague (at para. 39) that the expert's testimony was nothing more than an allusion to the fact that blood alcohol levels constantly change as a result of the absorption and elimination of alcohol into and from the blood. That testimony could not be evidence to the contrary within the meaning of s. 258(1)(c): *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791. Thus, Downs J. of the Superior Court and Rothman J.A. of the Court of Appeal both erred when they relied in part on this aspect of the expert evidence to find

déclarée par M. Boucher, l'expert exprime aussi l'opinion suivante :

En d'autres termes, si monsieur ne nous dit pas la vérité et qu'il a effectivement pris les 4 grosses bières, si on croit qu'elles se sont terminées dix minutes avant l'interception, même dans cette hypothèse-là, il pourrait être [. . .] il est tout à fait envisageable qu'il n'aurait pas dépassé, mais rendu au poste de police, il va atteindre un plateau et avoir les taux mis en preuve devant le tribunal.

Dans un premier temps, si le témoignage de M. Boucher quant à sa consommation d'alcool n'avait pas été écarté, la preuve d'expert aurait été susceptible de réfuter la présomption d'exactitude prévue à l'al. 258(1)(g) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, puisque, dans le présent cas, l'expert était d'avis que les résultats de l'alcootest n'auraient pas excédé 60 mg. Par contre, sans son fondement factuel, l'opinion du témoin expert n'avait aucune valeur probante : *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24. En l'espèce, seul le témoignage de M. Boucher sur sa consommation d'alcool pouvait fournir ce fondement. Comme rien n'indique que la preuve d'expert n'était pas, en soi, digne de foi, l'appréciation de la crédibilité de M. Boucher devenait donc décisive. J'y reviendrai.

Dans un deuxième temps, dans l'hypothèse d'une consommation supérieure à celle déclarée par M. Boucher (soit quatre grosses bières menant aux résultats de 93 mg et 92 mg obtenus en l'espèce), la preuve d'expert, telle que résumée dans l'extrait précité, était offerte comme preuve contraire pour réfuter la présomption d'identité prévue à l'al. 258(1)(c) qui précise que les résultats de l'alcootest correspondent au taux d'alcoolémie au moment de l'infraction. Sur cet aspect, je partage entièrement l'opinion de ma collègue (par. 39) selon laquelle le témoignage de l'expert n'était rien de plus qu'une allusion au fait que l'alcoolémie change constamment par suite de l'absorption ou de l'élimination de l'alcool dans le sang. Ce témoignage ne pouvait constituer une preuve contraire au sens de l'al. 258(1)(c) : *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791. En conséquence, le juge Downs de la Cour supérieure et le juge Rothman de la Cour d'appel ont tous deux fait erreur en se fondant en partie sur cet aspect de la preuve d'expert

that there was evidence to the contrary. Moreover, without expert evidence about Mr. Boucher's level of alcohol tolerance, the fact that he had no symptoms of intoxication other than the smell of alcohol was merely speculative evidence, which was also of no evidentiary value: *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279 (Ont. C.A.).

Accordingly, since there was nothing apart from the expert evidence based on Mr. Boucher's testimony that could constitute evidence to the contrary, the correctness of the trial judge's verdict ultimately depends on her assessment of Mr. Boucher's credibility. I will therefore review that assessment.

It is important to begin by noting, as my colleague does at para. 15, that the standard of proof that must be met to rebut the presumptions of identity and accuracy is *reasonable doubt*. Mr. Boucher did not have to satisfy the trial judge that he had drunk only two large beers; he had only to raise a reasonable doubt about this in the judge's mind. The judge could very well not have believed that Mr. Boucher had consumed only two large beers while nevertheless continuing to doubt the accuracy of the breathalyzer results as a result of his testimony. My colleague quotes, at para. 28, passages from this Court's decision in *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, and from the reasons of Fish J.A., as he then was, in *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (Que. C.A.), in support of her assertion, at para. 29, that the case at bar was not one to which *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, applied. With respect for my colleague's opinion, the passages quoted from *Proudlock* and *Dubois* cannot be read in this way. A judge who does not believe an accused as regards the amount of alcohol consumed but who nonetheless has a reasonable doubt in this respect cannot convict the accused. In *Dubois*, Fish J.A. explicitly said this more than once in his judgment:

If the trier of fact considers that the "evidence to the contrary" raises a reasonable doubt or, as is sometimes said, that it might reasonably be true, then the incriminating breathalyzer result will no longer support a conviction. . . .

pour conclure à l'existence d'une preuve contraire. De plus, l'absence de symptômes d'ébriété à part l'odeur d'alcool, sans preuve d'expert quant au degré de tolérance de M. Boucher à l'alcool, ne constituait qu'un élément de preuve théorique qui, lui aussi, n'avait aucune valeur probante : *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279 (C.A. Ont.).

Par conséquent, puisque la preuve d'expert fondée sur le témoignage de M. Boucher était le seul élément pouvant constituer une preuve contraire, le bien-fondé du verdict de la juge d'instance repose, en définitive, sur son appréciation de la crédibilité de M. Boucher. J'en fais donc l'analyse.

Il est important de souligner d'abord, comme le fait ma collègue au par. 15, que la norme de preuve requise pour réfuter les présomptions d'identité et d'exactitude est le *doute raisonnable*. M. Boucher n'avait pas à convaincre la juge d'instance qu'il n'avait bu que deux grosses bières; il lui suffisait de soulever un doute raisonnable dans l'esprit de la juge à cet égard. Cette dernière pouvait très bien ne pas croire que M. Boucher avait consommé seulement deux grosses bières, mais continuer toutefois de nourrir un doute quant à l'exactitude des résultats de l'alcootest par suite du témoignage de celui-ci. Ma collègue cite, au par. 28, des extraits de l'arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, de notre Cour et des motifs du juge Fish, alors à la Cour d'appel du Québec, dans *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90, à l'appui de son affirmation au par. 29 qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un cas d'application de l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Avec égards pour l'opinion de ma collègue, les extraits dans *Proudlock* et *Dubois* ne peuvent être lus ainsi. Le juge qui ne croit pas l'accusé quant à la quantité d'alcool qu'il a consommée mais qui a quand même un doute raisonnable à cet égard ne peut le condamner. Dans *Dubois*, le juge Fish le dit expressément à plusieurs reprises dans son jugement :

[TRADUCTION] Si le juge des faits considère que la « preuve contraire » soulève un doute raisonnable ou, selon la formule utilisée à l'occasion, que cette preuve pourrait raisonnablement être vraie, l'alcootest incriminant ne peut plus étayer une déclaration de culpabilité. . . .

56

57

In my respectful view, then, a breathalyzer result cannot support a conviction under s. 253 if there is contrary evidence which *raises a reasonable doubt* or *suggests a reasonable possibility of innocence* or *might reasonably be true*. [Emphasis in original; p. 92.]

In *Proudlock*, Pigeon J., writing for Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and Pratte JJ., said that there is no persuasive burden on the accused in providing evidence to the contrary and that “it will be sufficient if, at the conclusion of the case on both sides, the trier of fact has a reasonable doubt” (p. 549). In *W. (D.)*, this Court pointed out that there is a very real and significant difference between believing the accused (which implies that the balance of probabilities favours the accused) and giving the accused the benefit of a reasonable doubt. Thus, the judge had to so instruct the jury. There is no question that these principles apply equally to a trial before a judge alone.

58 Downs J. of the Superior Court and Rothman and Beauregard J.J.A. of the Court of Appeal (Forget J.A., dissenting, expressed no opinion on this issue) all concluded that the trier of fact had erred in principle by considering only whether she *believed* the accused without determining whether Mr. Boucher’s testimony, even though she did not believe it, raised a reasonable doubt in her mind. As I will explain, I agree that the trial judge made this error. Deschamps J. acknowledges that the trial judge erred but finds that the error reflects a problem in the wording she used in relation to the applicable standard more than a misconception of the applicable law. With respect, I do not share that view.

59 I agree with Deschamps J. that a ritual incantation is not required in every case. The trial judge did not have to repeat the formula set out in *W. (D.)* to demonstrate that she had relied on correct legal principles in assessing the accused’s credibility. Moreover, she is presumed to know those principles. Thus, when a trial judge states that he or she “rejects” an accused’s testimony, it can generally

À mon humble avis, par conséquent, un résultat d’alcoolémie ne saurait étayer une déclaration de culpabilité fondée sur l’art. 253 s’il existe une preuve contraire *qui soulève un doute raisonnable, qui dénote une possibilité raisonnable que l’accusé soit innocent* ou *qui pourrait raisonnablement être vraie*. [En italique dans l’original; p. 92.]

Dans *Proudlock*, écrivant pour les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et Pratte, le juge Pigeon précise que l’accusé n’a pas à persuader pour établir une preuve contraire, « il suffit qu’à la fin du procès, le juge du fond ait un doute raisonnable » (p. 549). Dans *W. (D.)*, notre Cour a rappelé qu’il existe une différence bien réelle et importante entre, d’une part, donner foi à l’accusé (ce qui suppose que la prépondérance des probabilités le favorise) et, d’autre part, lui accorder le bénéfice du doute raisonnable. En conséquence, le juge devait instruire le jury à cet effet. Il ne fait nul doute que ces principes s’appliquent tout aussi bien au procès devant juge seul.

Le juge Downs de la Cour supérieure et les juges Rothman et Beauregard de la Cour d’appel (le juge Forget, dissident, n’exprime pas d’opinion sur cette question) ont tous conclu que la juge des faits avait commis une erreur de principe en s’interrogeant uniquement sur la question de savoir si elle *croyait* l’accusé, sans déterminer si, malgré le fait qu’elle ne le croyait pas, le témoignage de M. Boucher soulevait néanmoins un doute raisonnable dans son esprit. Comme je l’expliquerai, je suis d’accord que la juge d’instance a commis cette erreur. La juge Deschamps reconnaît que la juge d’instance a fait erreur, mais elle estime que l’erreur relève davantage d’un problème de formulation de la norme applicable que d’une conception erronée du droit applicable. Avec égards pour l’opinion de ma collègue, je ne partage pas cet avis.

Je conviens avec la juge Deschamps qu’il ne s’agit pas d’exiger une incantation rituelle dans tous les cas. La juge d’instance n’a pas à répéter la formule énoncée dans *W. (D.)* pour démontrer qu’elle s’est fondée sur des principes de droit corrects dans son appréciation de la crédibilité de l’accusé. De plus, la juge est présumée connaître ces principes. Ainsi, lorsqu’un juge d’instance déclare qu’il « rejette » le

be concluded that the testimony failed to raise a reasonable doubt in the judge's mind. Here, however, it is apparent from the whole of the trier of fact's reasons that she imposed too heavy a burden of proof on the accused.

At the beginning of her judgment, Judge Baribeau defined the parameters of her reasoning, stating that she had to ask herself [TRANSLATION] "whether I believe the defendant as regards the amount of alcohol he drank during the period of time he stated". Dealing more specifically with the rebuttal of the presumption of accuracy by evidence to the contrary, she stated that such evidence [TRANSLATION] "must raise a reasonable doubt and not merely be reasonably true" (emphasis added). This is a clear error of law. As stated by this Court in *Proudlock* and by the Quebec Court of Appeal in *Dubois*, a reasonable doubt may be raised in the mind of the trier of fact if the accused adduces evidence that might reasonably be true. Once again, the trial judge stated that [TRANSLATION] "if the judge does not believe the defendant as to the quantity of alcohol consumed, there is no evidence to the contrary", and she concluded as follows: "since I cannot accept your version, I have no evidence to the contrary and I have no choice but to find you guilty of the offence charged". It is apparent from these passages that, throughout her judgment, Judge Baribeau thought she had to believe the accused's version of the facts to find that there was evidence to the contrary that rebutted the presumption of accuracy. Given that this error was repeated throughout the reasons, I am unable to conclude that it was a mere flaw in the wording she chose.

Having found that this error was fatal to the judgment convicting Mr. Boucher, Rothman J.A. expressed his agreement with Downs J. of the Superior Court by finding that there was evidence to the contrary even apart from the accused's testimony and that Mr. Boucher should have been given the benefit of that evidence. As I explained earlier, that finding cannot be accepted, and an acquittal cannot be entered based on those reasons.

témoignage de l'accusé, il est généralement permis de conclure que le témoignage n'a pas soulevé de doute raisonnable dans son esprit. Par contre, ici, il ressort de l'ensemble des motifs de la juge des faits qu'elle a imposé un fardeau de preuve trop lourd à l'accusé.

Dès le début de son jugement, la juge Baribeau définit les paramètres de son raisonnement, affirmant devoir se demander : « est-ce que je crois le défendeur quant à la quantité d'alcool bue dans la période de temps qu'il le déclare ». Abordant plus précisément le renversement de la présomption d'exactitude par la preuve contraire, elle affirme que celle-ci « doit soulever un doute raisonnable et non pas seulement être raisonnablement vraie » (je souligne). Il s'agit ici d'une flagrante erreur de droit. Comme l'ont énoncé notre Cour dans *Proudlock*, et la Cour d'appel du Québec dans *Dubois*, un doute raisonnable peut être soulevé dans l'esprit du juge des faits si l'accusé présente une preuve qui est raisonnablement vraie. Derechef, la juge d'instance affirme que « si le juge ne croit pas le défendeur quant à sa consommation d'alcool, il n'y a pas de preuve contraire » et conclut enfin ainsi : « compte tenu que je ne peux pas retenir votre version, je n'ai pas de preuve contraire et je n'ai pas le choix que de vous déclarer coupable de l'infraction reprochée ». Il ressort de ces extraits que, tout au long de son jugement, la juge Baribeau considère qu'elle doit croire la version des faits de l'accusé pour conclure à l'existence d'une preuve contraire réfutant la présomption d'exactitude. Compte tenu de la répétition de l'erreur dans l'ensemble des motifs, je suis incapable de conclure à un simple défaut de formulation.

Ayant constaté que cette erreur était fatale au jugement condamnant M. Boucher, le juge Rothman a exprimé son accord avec le juge Downs de la Cour supérieure en concluant que, outre le témoignage de l'accusé, il existait quand même une preuve contraire dont aurait dû bénéficier M. Boucher. Comme je l'ai expliqué plus tôt, cette conclusion ne peut être retenue et un acquittement ne peut être prononcé en se fondant sur ces motifs.

60

61

62

The second majority judge, Beauregard J.A., did not rely on that evidence to acquit Mr. Boucher. He began by deciding, as I mentioned above, that the trial judge had erred in principle in thinking that she had to believe the accused's version of the facts to find that there was evidence to the contrary that rebutted the presumption of accuracy. In light of that error, Beauregard J.A. said that he was tempted to allow the appeal and order a new trial. However, after more closely examining the reasons of the trier of fact and the supporting evidence, he instead decided, for the following reasons, to subscribe to Rothman J.A.'s view and acquit Mr. Boucher:

[TRANSLATION] However, the more I reread the judgment of the Municipal Court of Montréal, the more I see that the judge's reasons for not believing the accused have little weight. In fact, the judge erred in law with respect to two of these reasons, since she reproached the accused for having twice remained silent. In addition, the judge saw contradictions in the accused's testimony that are not there.

In short, the testimony of the accused was plausible. It was plausible not only in theory but also in light of the evidence as a whole and the fact that none of that evidence tended to show that he was not telling the truth.

In the circumstances, I agree with the conclusion of Rothman J.A. [paras. 63-65]

63

As I will explain below, I agree with Beauregard J.A.'s conclusion that the reasons given by the trier of fact for rejecting the accused's testimony have little weight. On the other hand, and with the utmost respect, Beauregard J.A. exceeded his powers when he entered an acquittal based on his own assessment of Mr. Boucher's credibility. In this case, the verdict of the trier of fact, which was wrong because it was erroneous in law, was nonetheless not unreasonable. Beauregard J.A. should instead have ordered that a new trial be held.

64

Before I explain why the trial judge's reasons for rejecting Mr. Boucher's testimony have little weight, a second error in principle made by the trial judge should be noted. Judge Baribeau relied

Le second juge de la majorité, le juge Beauregard, ne s'est pas appuyé sur ces éléments de preuve pour acquitter M. Boucher. Il a d'abord décidé, tel que je l'ai indiqué plus tôt, que la juge d'instance avait commis une erreur de principe en considérant qu'elle devait croire la version des faits de l'accusé pour conclure à l'existence d'une preuve contraire réfutant la présomption d'exactitude. Compte tenu de cette erreur, le juge Beauregard s'est dit tenté d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Mais, suite à une étude plus approfondie des motifs de la juge des faits et de la preuve à l'appui, il a plutôt décidé, pour les motifs qui suivent, de se rallier au juge Rothman et d'acquitter M. Boucher :

Mais, plus je relis le jugement de la Cour municipale de Montréal, plus je constate que les motifs [de la] juge pour ne pas croire l'accusé ont peu de poids. De fait, la juge a erré en droit quant à deux des motifs : elle reproche à l'accusé d'avoir à deux occasions gardé le silence. La juge voit par ailleurs dans le témoignage de l'accusé des contradictions qui n'en sont pas.

Bref, le témoignage de l'accusé était plausible. Pas seulement plausible en théorie, mais plausible sous l'éclairage de l'ensemble des éléments de preuve et du fait qu'aucun de ces éléments ne tendait à montrer qu'il était mensonger.

Dans les circonstances, je suis d'accord avec la conclusion du juge Rothman. [par. 63-65]

Comme je l'expliquerai plus loin, je partage la conclusion du juge Beauregard selon laquelle les motifs invoqués par la juge des faits pour rejeter le témoignage de l'accusé ont peu de poids. Par contre, sauf tout le respect que je dois au juge Beauregard, ce dernier a outrepassé ses fonctions lorsqu'il a prononcé un acquittement en se fondant sur sa propre appréciation de la crédibilité de M. Boucher. En l'espèce, le verdict de la juge des faits, erroné puisque mal fondé en droit, n'était quand même pas déraisonnable. Le juge Beauregard devait plutôt ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Avant que j'explique pourquoi les motifs exposés par la juge d'instance pour rejeter le témoignage de M. Boucher ont peu de poids, il y a lieu de noter une deuxième erreur de principe commise

on *R. v. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412 (Que. C.A.), and *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266 (Ont. C.A.), in saying that [TRANSLATION] “[t]he judge can weigh the credibility of the accused and the accused’s witnesses, *inter alia* as regards the consumption of alcohol, in light of the breathalyzer results before applying the statutory presumption and also in light of the evidence as a whole.” Like Deschamps J., I am of the opinion that those decisions should not be followed with respect to the rebuttal of the presumption that the breathalyzer result is *accurate*. As my colleague states: “it would be circular to rely on the test results to determine whether there is evidence that could raise a doubt regarding those very results” (para. 43). In other words, the trial judge could not rely, as a ground for rejecting Mr. Boucher’s assertion in his testimony that he had drunk only two beers, on the fact that the breathalyzer result itself indicated that he had drunk more than that.

It is important to note, however, that the situation is not the same when it is clear that the defence is challenging only the presumption of identity, for example where an accused testifies that he consumed eight ounces of alcohol between the time he was arrested and the time the breath samples were taken. In such a case, the trier of fact can properly consider the breathalyzer result in assessing the evidence to the contrary adduced by the accused, since what is disputed is not the accuracy of that result but only the fact that it reflects the accused’s blood alcohol level at the time the offence was committed. In this way, even if the trier of fact accepts the accused’s testimony that he drank alcohol between the time he was arrested and the time he took the breathalyzer test, the trier can take into account an especially high breathalyzer result, among other factors, to find that, notwithstanding the alcohol consumed subsequently, the accused’s blood alcohol level already exceeded the legal limit when he was arrested, and accordingly to reject the accused’s evidence to the contrary.

par cette dernière. La juge Baribeau s’est appuyée sur les arrêts *R. c. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412 (C.A. Qué.), et *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266 (C.A. Ont.), pour affirmer que « [l]e juge peut soupeser la crédibilité de l’accusé et de ses témoins, entre autres quant à la consommation d’alcool en regard des résultats obtenus [aux] tests d’alcoolémie avant l’application de la présomption statutaire et également eu égard à l’ensemble de la preuve. » À l’instar de la juge Deschamps, je suis d’avis que ces décisions ne devraient pas être suivies en ce qui a trait au renversement de la présomption d’*exactitude* du résultat de l’alcootest. Comme le dit ma collègue : « constituerait un raisonnement circulaire le fait de se reporter aux résultats du test pour déterminer s’il existe une preuve permettant de mettre en doute ces mêmes résultats » (par. 43). Autrement dit, la juge d’instance ne pouvait pas invoquer le fait que le résultat même de l’alcootest indiquait une consommation plus élevée pour rejeter le témoignage de M. Boucher quand il a affirmé avoir bu seulement deux bières.

Il est toutefois important de souligner qu’il en va autrement dans les cas où il est clair que la défense attaque seulement la présomption d’identité, par exemple, lorsqu’un accusé témoigne qu’il a consommé huit onces d’alcool entre le moment de son arrestation et la prise d’échantillons d’haléine. Dans un tel cas, le juge des faits peut légitimement considérer le résultat de l’alcootest dans son appréciation de la preuve contraire présentée par l’accusé, puisque ce n’est pas l’exactitude de ce résultat qui est contestée, mais seulement le fait qu’il reflète le taux d’alcool dans le sang de l’accusé lorsque l’infraction a été commise. Ainsi, même si le juge des faits accepte le témoignage de l’accusé voulant qu’il ait bu de l’alcool entre le moment où il a été arrêté et le moment où il s’est soumis à l’alcootest, il peut considérer, entre autres facteurs, un résultat d’alcootest particulièrement élevé pour conclure que, malgré l’ingestion subséquente d’alcool, le taux d’alcool dans le sang de l’accusé dépassait déjà la limite permise lorsqu’il a été arrêté, et en conséquence rejeter sa preuve contraire.

66

I agree with Deschamps J. that, despite this incorrect reference to *Bernard* and *Gilbert*, the trial judge does not seem to have relied on the breathalyzer results to reject the accused's testimony. On the other hand, I agree with Beauregard J.A. that Judge Baribeau erred in law in some of the reasons she gave for rejecting that testimony. She found fault with the accused for remaining silent when the police officer [TRANSLATION] "asked him why he had taken Le Caron" and said that "this is the first factor that prevents me from accepting your version". The right to remain silent is a principle of fundamental justice of which Mr. Boucher was entitled to avail himself, and the trier of fact could not draw any inference against him for having exercised that right: *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50. In addition, the trier of fact found that the accused's testimony contained a number of contradictions, which, after carefully reading the transcript of the evidence, I do not consider to be contradictions. Given the errors of law already mentioned and my conclusion that it is necessary to order a new trial, I see no purpose in reviewing those supposed contradictions in further detail.

Conclusion

67

In view of the fact that the trial judge imposed too heavy a burden of proof on the respondent, that she committed a number of errors in assessing his testimony and that it is impossible to determine the extent to which those errors contributed to her rejection of that testimony, but given that the Court of Appeal did not have the power to enter an acquittal, I would allow the appeal and order a new trial.

APPENDIX

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

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

Je conviens toutefois avec la juge Deschamps que, malgré cette référence erronée aux arrêts *Bernard* et *Gilbert*, la juge d'instance ne semble pas s'être fondée sur les résultats de l'alcootest pour rejeter le témoignage de l'accusé. En revanche, je partage l'opinion du juge Beauregard selon laquelle la juge Baribeau a fait erreur en droit quant à certains des motifs qu'elle a invoqués pour rejeter ce témoignage. Elle reproche à l'accusé d'avoir gardé le silence lorsque le policier « lui a demandé pourquoi il a pris Le Caron » et affirme que « ça, c'est un premier élément qui fait que je ne peux pas retenir votre version ». Le droit de garder le silence est un principe de justice fondamentale dont M. Boucher était en droit de se prévaloir et la juge des faits ne pouvait tirer une conclusion défavorable de son exercice : *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50. De plus, la juge des faits voit, dans le témoignage de l'accusé, plusieurs contradictions qui, après une lecture attentive de la transcription de la preuve, n'en sont pas, à mon avis. Vu les erreurs de droit déjà mentionnées et ma conclusion qu'il est nécessaire d'ordonner un nouveau procès, je ne vois pas l'utilité de revoir plus en détail ces supposées contradictions.

Conclusion

Étant donné que la juge du procès a imposé un fardeau de preuve trop lourd à l'intimé, qu'elle a commis plusieurs erreurs dans l'appréciation du témoignage de ce dernier et qu'il est impossible de déterminer jusqu'à quel point ces erreurs ont contribué à lui faire rejeter ce témoignage, étant donné toutefois que la Cour d'appel n'était pas habilitée à prononcer un acquittement, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

ANNEXE

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

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

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

. . .

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

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

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

evidence of the results of the analyses so made is, 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, where 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;

(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, in the case where the accused makes a request within six months from the taking of the samples, one of the samples was ordered to be released pursuant to subsection (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,

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi, 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 :

. . .

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

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

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

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, si celui-ci fait la demande visée au paragraphe (4) dans les six mois du prélèvement, une ordonnance de remise de l'échantillon a été rendue en conformité avec ce paragraphe,

(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;

(d.1) where samples of the breath of the accused or a sample of the blood of the accused have been taken as described in paragraph *(c)* or *(d)* under the conditions described therein and the results of the analyses show a concentration of alcohol in blood exceeding eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood, evidence of the result of the analyses is, in the absence of evidence tending to show that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed did not exceed eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed exceeded eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood;

(g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in

(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;

d.1) si les analyses visées aux alinéas *c)* ou *d)* montrent une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, le résultat de l'analyse fait foi, en l'absence de preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, d'une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang;

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient :

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest

the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

. . . .

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

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

Appeal allowed, BINNIE, LEBEL, FISH and CHARRON JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Gaéтан Plouffe and Germain Tremblay, Montréal.

Solicitors for the respondent: LaBrie, St-Onge, Boucher, Huet, Gariépy, Longueuil.

approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons :

. . . .

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui;

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, LEBEL, FISH et CHARRON sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelante : Gaéтан Plouffe et Germain Tremblay, Montréal.

Procureurs de l'intimé : LaBrie, St-Onge, Boucher, Huet, Gariépy, Longueuil.