

**Robert Albert Gibson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

- and -

**Martin Foster MacDonald** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. GIBSON**

**Neutral citation: 2008 SCC 16.**

File Nos.: 31546, 31613.

2007: October 15; 2008: April 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Criminal Code providing that, absent evidence to contrary, breathalyzer reading above 80 mg of alcohol per 100 ml of blood is proof that blood alcohol concentration exceeded legal limit at time of driving — Expert opinion evidence placing accused's blood alcohol concentration in range that straddled legal limit at time of driving — Whether expert evidence of alcohol elimination rates in general population and “straddle*

**Robert Albert Gibson** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

- et -

**Martin Foster MacDonald** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. GIBSON**

**Référence neutre : 2008 CSC 16.**

N<sup>os</sup> du greffe : 31546, 31613.

2007 : 15 octobre; 2008 : 17 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

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

*Droit criminel — Preuve — Conduite d'un véhicule avec une alcoolémie dépassant la limite légale — Code criminel prévoyant que l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, d'une alcoolémie au volant supérieure à la limite légale — Preuve d'expert situant l'alcoolémie de l'accusé lorsqu'il était au volant dans une fourchette chevauchant la limite légale — Une preuve d'expert relative aux taux d'élimination de l'alcool observés dans la population générale*

*evidence” can rebut presumption — Whether expert evidence of post-offence testing of alcohol elimination rate of accused can rebut presumption — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(d.1).*

The accused, G and M, were charged with driving “over 80” after failing a breathalyzer test. The first breath sample taken from G provided a reading of 120 mg and the second a reading of 100 mg. The two breath samples taken from M each produced a reading of 146 mg. At their respective trials, G and M testified as to their pattern of drinking at the material time and adduced expert evidence to rebut the presumption in s. 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* that the breathalyzer readings provided proof that their blood alcohol concentrations exceeded the legal limit at the time of driving. The expert opinion evidence concerning the accused’s blood alcohol concentration at the time of driving was expressed in terms of a range of possible blood alcohol concentrations, given the amount of alcohol consumed, the pattern of drinking, and the accused’s age, height, weight and gender. In each case, the range of hypothetical blood alcohol concentrations “straddled” the legal limit of 80 mg. G’s expert testified that, if the pattern of consumption described by G was accurate, his blood alcohol concentration would have been between 40 and 105 mg at the time of driving. M’s expert provided a range of between 64 and 109 mg. In addition, the expert called on behalf of M tested his elimination rate more than six months after the alleged offence. On the basis of this test, the expert determined that M’s elimination rate was 18.5 mg per hour and that M’s blood alcohol concentration would have been 71 mg when he was stopped by the police.

The trial judge accepted both the evidence of G’s consumption and the expert evidence. He was left with a reasonable doubt that G’s blood alcohol content had exceeded the legal limit, and acquitted him. The Supreme Court upheld the acquittal. The Court of Appeal held that evidence of a hypothetical person’s elimination rates was not capable of rebutting the presumption in s. 258(1)(d.1), set aside the acquittal and ordered a new trial.

The trial judge convicted M on the basis that the expert evidence did not tend to show that his blood alcohol content had not exceeded 80 mg. Both the Court of Queen’s Bench and the Court of Appeal upheld the conviction.

*et la « preuve de chevauchement » permettent-elles de réfuter la présomption? — Une preuve d’expert fondée sur le taux d’élimination de l’accusé, établi au moyen de tests effectués après l’infraction, permet-elle de réfuter la présomption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)(d.1).*

Les accusés, G et M, ont été inculpés de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 mg » après un alcootest positif. Le premier échantillon d’haleine fourni par G indiquait une alcoolémie de 120 mg et le second, une alcoolémie de 100 mg. Dans le cas de M, chacun des deux échantillons indiquait une alcoolémie de 146 mg. Lors de leurs procès respectifs, G et M ont témoigné au sujet de leur mode de consommation au moment des faits reprochés et ont présenté une preuve d’expert afin de réfuter la présomption établie par l’al. 258(1)(d.1) du *Code criminel* selon laquelle les résultats des alcootests prouvaient que leur alcoolémie au moment où ils étaient au volant était supérieure à la limite légale. La preuve d’expert relative à l’alcoolémie au volant était présentée sous la forme d’une fourchette d’alcoolémies possibles en fonction de la quantité d’alcool consommée, du mode de consommation ainsi que de l’âge, de la taille, du poids et du sexe de l’accusé. Dans chacun des cas, la fourchette d’alcoolémies hypothétiques « chevauchait » la limite légale de 80 mg. Selon l’expert de G, si le mode de consommation décrit par ce dernier était exact, son alcoolémie se serait située entre 40 et 105 mg au moment où il était au volant. L’expert de M a, quant à lui, fait état d’une fourchette s’établissant entre 64 et 109 mg. Par ailleurs, l’expert cité pour le compte de M a effectué, plus de six mois après l’infraction reprochée, un test visant à déterminer son taux d’élimination de l’alcool. À partir des résultats de ce test, il a conclu que le taux d’élimination de M était de 18,5 mg par heure et que l’alcoolémie de M se serait établie à 71 mg lors de son interpellation par la police.

Le juge de première instance a accepté à la fois la preuve relative à la consommation de G et la preuve d’expert. Conservant un doute raisonnable quant à la question de savoir si l’alcoolémie de G dépassait la limite légale, il a prononcé l’acquittement. La Cour suprême a confirmé l’acquittement. La Cour d’appel a statué que la preuve des taux d’élimination d’une personne hypothétique ne pouvait contrer la présomption établie par l’al. 258(1)(d.1), a annulé l’acquittement et a ordonné un nouveau procès.

Le juge de première instance a déclaré M coupable parce que la preuve d’expert ne tendait pas à démontrer que son alcoolémie ne dépassait pas 80 mg. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d’appel ont confirmé la déclaration de culpabilité.

*Held* (Binnie and Deschamps JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

*Per* Bastarache, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Straddle evidence constitutes an attempt to defeat the statutory presumption in s. 258(1)(d.1) and, as such, does not tend to show that the accused's blood alcohol concentration did not exceed the legal limit at the time of the alleged offence. Straddle evidence merely confirms that the accused falls into the category of drivers targeted by Parliament — namely, those who drive having consumed enough alcohol to reach a blood alcohol concentration exceeding 80 mg. Parliament, in creating this offence, clearly regarded driving with this level of consumption as posing sufficient risk to warrant criminalization. It is therefore not enough to show, based on evidence about the accused's pattern of consumption of alcohol during the relevant time period, that the accused consumed enough alcohol to exceed the legal limit, albeit in a quantity that would place him within a range that may be somewhat different from that which could be extrapolated from the breathalyzer reading. It is clear from the wording of s. 258(1)(d.1) that the presumption can only be rebutted by evidence that tends to show that the accused's blood alcohol concentration did not exceed the legal limit and, hence, that the accused was not in the targeted category of drivers. In order to displace the presumption, the evidence must show, therefore, that based on the amount of alcohol consumed, the accused's blood alcohol concentration would not have been above the legal limit at the time of driving, regardless of how fast or slowly the accused may have been metabolizing alcohol on the day in question. The court need not be convinced of that fact; it is sufficient if the evidence raises a reasonable doubt. Furthermore, because it is scientifically undisputed that absorption and elimination rates can vary from time to time, nothing is really gained by post-offence testing of an accused's elimination rate. It is because of these inherent variations in absorption and elimination rates that the presumption of identity is needed in the first place. In order to facilitate proof of the offence, the presumption treats all persons as one person with a fixed rate of elimination and absorption. Short of reproducing the exact same conditions that existed at the time of the offence, assuming this is even possible, any expert opinion evidence based on actual tests would have to be given with the qualification that absorption and elimination rates vary from time to time, and therefore the accused's blood alcohol level at the material time cannot be measured with precision. Ultimately, the best evidence an expert can provide is likely to be a range reflecting average elimination rates. The Court should not interpret this legislative scheme, which is intended to combat the social evils resulting from drinking and

*Arrêt* (les juges Binnie et Deschamps sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

*Les juges Bastarache, Abella, Charron et Rothstein :* La preuve de chevauchement représente la tentative de priver de tout effet la présomption établie par l'al. 258(1)d.1) et ne tend pas à établir que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale au moment de l'infraction reprochée. Elle confirme simplement que l'accusé fait partie de la catégorie des conducteurs visés par le législateur — à savoir ceux qui prennent le volant après avoir consommé suffisamment d'alcool pour atteindre une alcoolémie de plus de 80 mg. Le législateur, lorsqu'il a créé cette infraction, a manifestement considéré que la conduite avec ce niveau de consommation pose un risque suffisant pour être érigée en infraction criminelle. Par conséquent, il ne suffit pas de démontrer, en se fondant sur une preuve relative au mode de consommation d'alcool de l'accusé pendant la période pertinente, que celui-ci a consommé suffisamment d'alcool pour que son alcoolémie dépasse la limite légale, quoique en une quantité qui le situerait dans une fourchette qui pourrait être quelque peu différente de celle qu'on pourrait extrapoler à partir du résultat de l'alcootest. Il ressort clairement du texte de l'al. 258(1)d.1) que la présomption peut uniquement être réfutée par une preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale et que ce dernier ne faisait donc pas partie de la catégorie des conducteurs visés. Pour neutraliser la présomption, la preuve doit donc démontrer que, étant donné la quantité d'alcool consommée, l'alcoolémie de l'accusé n'aurait pas dépassé la limite légale au moment où il était au volant, peu importe la vitesse à laquelle son organisme métabolisait l'alcool la journée en question. Il n'est pas nécessaire que le tribunal soit convaincu de ce fait; il suffit que la preuve soulève un doute raisonnable. En outre, comme il est scientifiquement incontesté que les taux d'absorption et d'élimination peuvent varier d'un moment à l'autre, il ne sert vraiment à rien d'établir le taux d'élimination de l'accusé par des tests effectués après l'infraction. C'est à cause de ces variations inhérentes des taux d'absorption et d'élimination que la présomption d'identité s'impose. Pour faciliter la preuve de l'infraction, la présomption traite toutes les personnes comme une seule ayant des taux d'élimination et d'absorption fixes. À moins que soient reproduites exactement les conditions existant au moment de l'infraction — à supposer que la chose soit même possible —, toute preuve d'expert fondée sur des tests devrait être assortie de la réserve suivante : les taux d'absorption et d'élimination varient d'un moment à l'autre, si bien qu'il est impossible de mesurer avec précision l'alcoolémie de l'accusé au moment des faits reprochés. En dernière analyse, la meilleure preuve que peut produire un expert consiste sans doute dans une fourchette correspondant aux taux

driving, as requiring accused persons, some of whom may well be battling with alcohol addiction, to submit to drinking tests in order to make out a defence. [3] [6-8]

In the present appeals, the expert opinion evidence, in placing the accused's blood alcohol concentration both above and below the legal limit at the time of driving depending on the accused's actual rate of absorption and elimination on the day in question, did no more than confirm that the accused fell within the category of drivers targeted by Parliament and did not rebut the statutory presumption under s. 258(1)(d.1). Consequently, M's conviction is upheld and, in G's case, the order for a new trial is confirmed. [33]

*Per McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ.:* Both expert evidence of alcohol elimination rates in the general population and straddle evidence can be relevant and are therefore not inherently inadmissible for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(d.1). However, the probative value of evidence based on rates in the general population will often be so low that it fails to raise a reasonable doubt that the accused had a blood alcohol content exceeding 80 mg. Not only do elimination rates vary between individuals, but each individual's rate will vary depending on such factors as the amount of food consumed, the type of alcohol consumed and the pattern of consumption. Thus, evidence that the blood alcohol content of an average person of the sex, age, height and weight of the accused would have been at a certain level or within a certain range will rarely be sufficiently probative to raise a reasonable doubt about the presumed fact that the actual blood alcohol content of the accused at the time of the offence exceeded the legal limit. Expert evidence of the elimination rate of the accused as established by a test is potentially more probative of the blood alcohol content he or she had while driving than evidence based on elimination rates in the general population. However, because an individual's elimination rate varies over time based on a number of factors, the probative value of evidence based on the elimination rate of the accused will logically depend on the number of variables controlled for in the elimination rate test. Evidence of the elimination rate of the accused at the time of the offence would be more likely to rebut the presumption in s. 258(1)(d.1) than mere evidence of the elimination rate of the accused under testing conditions. [34] [67-68]

moyens d'élimination. La Cour ne devrait pas donner à ce régime législatif, qui s'inscrit dans la lutte contre les maux sociaux résultant de l'alcool au volant, une interprétation telle que les accusés, dont certains peuvent fort bien être aux prises avec l'alcoolisme, auraient à se soumettre à des tests de dépistage d'alcool afin d'établir un moyen de défense. [3] [6-8]

Dans les présents pourvois, la preuve d'expert, en situant à la fois au-dessus et en dessous de la limite légale l'alcoolémie des accusés lorsqu'ils étaient au volant, selon leurs taux réels d'absorption et d'élimination de l'alcool le jour en question, ne fait que confirmer que les accusés faisaient partie de la catégorie des conducteurs visés par le législateur et ne permet pas de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)d.1). Par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée contre M est maintenue et, dans la cause de G, l'ordonnance exigeant un nouveau procès est confirmée. [33]

*La juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish :* La preuve d'expert concernant les taux d'élimination de l'alcool observés dans la population générale et la preuve de chevauchement peuvent se révéler pertinentes et ne sont donc pas en soi inadmissibles pour la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)d.1). Toutefois, la preuve fondée sur les taux dans la population générale possède dans bien des cas si peu de force probante qu'elle ne suscite pas un doute raisonnable quant à l'existence chez l'accusé d'une alcoolémie supérieure à 80 mg. Les taux d'élimination varient non seulement d'un individu à l'autre, mais aussi chez le même individu en fonction de divers facteurs tels que la quantité de nourriture consommée, le type d'alcool absorbé et le mode de consommation. Ainsi, la preuve qu'une personne moyenne dont le sexe, l'âge, la taille et le poids correspondent à ceux de l'accusé aurait une alcoolémie donnée ou que son alcoolémie se situerait à l'intérieur d'une fourchette donnée présentera rarement une force probante suffisante pour soulever un doute raisonnable quant au fait présumé que l'alcoolémie réelle de l'accusé au moment de l'infraction dépassait la limite légale. Une preuve d'expert relative au taux d'élimination mesuré par des tests chez l'accusé pourrait être plus probante quant à son alcoolémie au volant qu'une preuve fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. Cependant, puisque le taux d'élimination d'un individu varie avec le temps en fonction de plusieurs facteurs, la force probante d'une preuve fondée sur le taux d'élimination de l'accusé dépendra logiquement du nombre de variables prises en compte par le test effectué. Une preuve relative au taux d'élimination de l'accusé au moment de l'infraction permettrait plus facilement de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)d.1) que la simple preuve de son taux d'élimination dans les conditions du test. [34] [67-68]

Straddle evidence will rarely suffice on its own to raise a reasonable doubt as to the accuracy of a breathalyzer result. Once straddle evidence is admitted, it will be left to the trier of fact to determine whether that evidence, considered in light of the evidence as a whole, raises a reasonable doubt as to the accuracy of the breathalyzer result. Straddle evidence and the other evidence relied on by the defence will warrant an acquittal only if it tends to prove that the blood alcohol level of the accused at the relevant time did not exceed 80 mg. A wide straddle range cannot be considered evidence to the contrary of the breathalyzer result, since it does not tend to prove that the accused was at or under the legal limit. Similarly, a range that is overwhelmingly above the legal limit may be of limited probative value. The more that is known about probabilities within the range, the more probative the evidence may be. To foreclose the possibility of straddle evidence raising a reasonable doubt and rebutting the presumption in s. 258(1)(d.1) would inappropriately restrict the ability of an accused to defend him- or herself. The wording of the provision gives no indication of a legislative intent to render the fictional presumption absolute or irrebuttable in practice. It also leaves open the possibility of discrepancies between test results obtained at the time of testing and the blood alcohol content of the accused at the time of the offence. A mandatory presumption that requires the accused to raise a reasonable doubt about a fact that has not been proved by the Crown may *prima facie* be a limit on the presumption of innocence protected by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that needs to be justified under s. 1. [73] [75-76]

In these cases, the expert's straddle evidence adduced by G is sufficiently relevant to be admissible and is not without foundation. However, given that it is based on elimination rates in the general population, consists of a wide range of values and includes values significantly above the legal limit, it does not, as is required to rebut the presumption in s. 258(1)(d.1), raise a reasonable doubt that G's blood alcohol content actually exceeded 80 mg. Although the expert evidence adduced by M was also admissible, it would have been unreasonable for the trial judge to find that the straddle evidence indicating a range of 64 to 109 mg was capable of raising a reasonable doubt. The evidence of M's own elimination rate, which supported a blood alcohol content of 71 mg, was also rejected by the trial judge because the test used to determine the elimination rate had not sufficiently approximated the conditions at the time of the alleged offence, which limited its relevance to the fact M was seeking to prove. There is no reason to interfere

La preuve de chevauchement, sans autre preuve, sera rarement assez convaincante pour susciter un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat d'alcootest. Une fois la preuve de chevauchement admise, il appartiendra au juge des faits de déterminer si elle soulève un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat de l'alcootest, compte tenu de l'ensemble de la preuve. La preuve de chevauchement et l'autre preuve invoquée par la défense ne garantiront l'acquiescement que si elles tendent à prouver que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment pertinent. Une large fourchette qui chevauche la limite légale ne peut être considérée comme preuve contraire permettant de réfuter les résultats de l'alcootest, car elle ne tend pas à prouver que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale. De même, une fourchette se situant largement au-dessus de la limite légale risque d'avoir une force probante limitée. Plus nous connaissons les probabilités situées dans la fourchette, plus la preuve pourrait être probante. Écarter complètement la possibilité que la preuve de chevauchement suscite un doute raisonnable et permette de réfuter la présomption établie à l'al. 258(1)d.1 restreindrait indûment la capacité de l'accusé de se défendre. Le texte de la disposition n'offre aucune indication quant à l'intention du législateur de rendre la présomption fictive absolue ou irréfutable en pratique. Il n'exclut pas la possibilité de montrer les divergences entre les résultats des tests et l'alcoolémie au moment de l'infraction. La présomption obligatoire selon laquelle l'accusé doit susciter un doute raisonnable quant à un fait que le ministère public n'a pas établi à première vue risque de restreindre l'effet de la présomption d'innocence, protégée par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu'il faut justifier selon l'article premier. [73] [75-76]

Dans les présents pourvois, la preuve d'expert relative au chevauchement présentée par G est suffisamment pertinente pour être admissible et elle n'est pas sans fondement. Mais étant donné qu'elle est fondée sur les taux d'élimination dans la population générale, comporte une large fourchette et comprend des valeurs notablement supérieures à la limite légale, elle ne soulève aucun doute raisonnable quant à l'alcoolémie supérieure à 80 mg de G, comme l'exige la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)d.1). Bien que la preuve d'expert présentée par M soit également admissible, le juge de première instance ne pouvait pas raisonnablement conclure que la preuve de chevauchement indiquant une fourchette de 64 à 109 mg pouvait susciter un doute raisonnable. Le juge a aussi rejeté la preuve relative au taux d'élimination de M lui-même, sur laquelle repose l'alcoolémie de 71 mg, car le test utilisé pour déterminer ce taux ne reproduisait pas d'une façon suffisante les conditions existant au moment de

with that finding. In the result, M's conviction is upheld and, in G's case, the order for a new trial is confirmed. [78-79] [81-82]

*Per Binnie and Deschamps JJ. (dissenting):* Evidence that tends to show that the blood alcohol concentration of the accused at the time of interception did not exceed the legal limit based on an elimination rate of 15 mg per hour, or on the actual elimination rate of the accused according to test results, will suffice to raise a reasonable doubt. There is a body of scientific evidence that shows that members of the general population tend to eliminate alcohol at a rate faster than 15 mg per hour. It would therefore be speculative to assume, without any evidence, that a given accused is different from the majority of the general population and is a slow eliminator. Unless the scientific information that supports using 15 mg as a marker is contradicted by persuasive expert evidence, a judge should acquit if the prevailing direction of the straddle range favours a level that does not exceed the legal limit. The prevailing direction approach affords the accused a defence that is sufficiently complete without requiring post-offence testing. As a matter of judicial policy, requiring accused persons to submit to drinking tests should not be encouraged by the courts. Nevertheless, post-offence testing is not, *per se*, irrelevant or lacking in probative value. Just as evidence of average elimination rates in the general population is not discredited simply because such rates do not replicate the situation of an accused, evidence of post-offence testing designed to determine the elimination rate of an individual accused should not be rejected for that reason alone. An elimination rate based on test results may constitute evidence that tends to show that an accused eliminates alcohol at a rate faster than 15 mg per hour. Although the weight given to post-offence testing may depend on a number of variables, this should not be interpreted as requiring replication of the conditions of absorption. [84] [90-91]

In G's case, the expert for the defence testified that G's blood alcohol content while he was driving would, based on average elimination rates, have been between 40 and 105 mg. There is agreement with the trial judge's finding that the prevailing direction of the range favoured a level that did not exceed the legal limit, and that this was sufficient evidence for an acquittal. Therefore, G's acquittal should be restored. [93]

l'infraction reprochée, ce qui restreignait sa pertinence à l'égard du fait que M cherchait à établir. Il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion. Par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée contre M est maintenue et, dans la cause de G, l'ordonnance exigeant un nouveau procès est confirmée. [78-79] [81-82]

*Les juges Binnie et Deschamps (dissidents) :* La preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé, au moment de l'interpellation, ne dépassait pas la limite légale d'après le taux d'élimination de 15 mg par heure ou le taux réel d'élimination de l'accusé, mesuré par des tests, suffit pour soulever un doute raisonnable. Un ensemble d'éléments de preuve scientifiques montrent que la population générale tend à éliminer l'alcool plus rapidement que 15 mg par heure. Par conséquent, ce n'est qu'une conjecture que de conclure, sans aucune preuve, qu'un accusé est différent de la majorité de la population générale et que son organisme élimine plus lentement l'alcool. À moins qu'une preuve d'expert convaincante ne vienne contredire l'information scientifique selon laquelle l'utilisation de 15 mg comme point de repère est acceptable, le juge doit prononcer l'acquittement si l'orientation dominante du chevauchement tend à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale. L'approche de l'orientation dominante offre à l'accusé suffisamment de moyens de défense sans qu'il soit nécessaire d'exiger que des tests soient effectués après l'infraction. Pour des motifs de politique judiciaire, les tribunaux ne devraient pas encourager la réalisation de tests où l'on force le sujet à boire. Toutefois, les tests effectués après l'infraction ne sont pas, en eux-mêmes, dépourvus de pertinence ou de force probante. Tout comme la preuve des taux moyens d'élimination observés dans la population générale n'est pas discréditée du simple fait qu'ils ne tiennent pas compte de la situation de l'accusé, la preuve que constitue les tests effectués après l'infraction pour déterminer le taux d'élimination d'un accusé ne doit pas être écartée pour cette seule raison. Un taux d'élimination mesuré par des tests peut constituer une preuve tendant à démontrer que l'accusé élimine l'alcool plus rapidement que 15 mg par heure. Même si le poids à accorder aux tests effectués après l'infraction peut dépendre d'un certain nombre de variables, il ne faut pas considérer que les conditions d'absorption doivent être reproduites exactement. [84] [90-91]

Dans la cause de G, l'expert cité par la défense a témoigné que, d'après les taux moyens d'élimination, son alcoolémie au volant s'établissait entre 40 et 105 mg. Il y a accord avec la conclusion du juge du procès que l'orientation dominante de la fourchette tendait à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale et que la preuve était suffisante pour justifier l'acquittement. Par conséquent, il y a lieu de rétablir l'acquittement de G. [93]

In the case of M, the Crown failed to undermine the weight of evidence of post-offence testing by either cross-examining the expert or adducing contradictory expert evidence at trial. Although M's elimination rate according to the expert's test may not be the same as his rate on the day of the offence, nothing in the record suggests that any variation between the actual and tested elimination rates would be material or would cast doubt on the usefulness of the expert evidence. Nevertheless, the expert's post-offence tests can constitute evidence to the contrary only if M's consumption scenario is found to be credible. Here, the trial judge made no express findings on this issue. He rejected the expert's evidence on the basis that the midpoint of the straddle range was above the legal limit and that the food and the type of alcohol consumed had not been taken into account in the post-offence tests. As he had dismissed the expert testimony, the trial judge found M guilty without making any findings concerning his credibility. Since this Court cannot enter an acquittal, as a finding on M's credibility would have had to be made first, a new trial should be ordered on the charge of driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit. [98-99]

### Cases Cited

By Charron J.

**Distinguished:** *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72; **referred to:** *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261; *R. v. Noros-Adams* (2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130; *R. v. Gaynor* (2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104; *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL).

By LeBel J.

**Distinguished:** *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72; **approved:** *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; **considered:** *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; **referred to:** *R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL); *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. v. Moen* (2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376; *R. v. Noros-Adams* (2003), 190 Man. R. (2d) 161, 2003 MBCA 103.

Dans la cause de M, le ministère public n'a pas mis en doute les tests effectués après l'infraction en contre-interrogeant l'expert ou en présentant une preuve d'expert qui contredit ces tests. Même si le taux d'élimination de M que l'expert a mesuré par des tests peut ne pas être le même que le jour de l'infraction, rien dans le dossier n'indique que l'écart entre le taux d'élimination réel et celui mesuré par des tests est important ou jette un doute sur l'utilité de la preuve d'expert. Cependant, les tests effectués par l'expert après l'infraction ne peuvent constituer une preuve contraire que si le scénario de consommation de M est jugé crédible. En l'espèce, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion expresse sur cette question. Il a rejeté le témoignage de l'expert parce que le point milieu du chevauchement se trouvait au-dessus de la limite légale et que les tests effectués après l'infraction ne prenaient pas en compte les aliments consommés et le type d'alcool absorbé. Comme il a rejeté le témoignage de l'expert, il a déclaré M coupable sans formuler de conclusion quant à sa crédibilité. Comme la Cour ne peut prononcer l'acquittement, car il aurait d'abord fallu établir une conclusion sur la crédibilité de M, il faut ordonner un nouveau procès à l'égard de l'accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant la limite légale. [98-99]

### Jurisprudence

Citée par la juge Charron

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72; **arrêts mentionnés :** *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261; *R. c. Noros-Adams* (2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130; *R. c. Gaynor* (2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104; *R. c. Déry*, [2001] J.Q. n° 3205 (QL).

Citée par le juge LeBel

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72; **arrêt approuvé :** *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; **arrêt examiné :** *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; **arrêts mentionnés :** *R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Déry*, [2001] J.Q. n° 3205 (QL); *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. c. Moen* (2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376; *R. c. Noros-Adams* (2003), 190 Man. R. (2d) 161, 2003 MBCA 103.

By Deschamps J. (dissenting)

*R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL); *R. v. Bellemare*, [2001] Q.J. No. 3304 (QL); *R. v. Nault*, [2001] Q.J. No. 3201 (QL); *R. v. Thiffault*, [2001] Q.J. No. 3198 (QL); *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. v. Milne* (2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331; *R. v. Hughes*, [2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 258(1)(c), (d.1), (g).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 25.

#### Authors Cited

Solomon, Robert, and Erika Chamberlain. “Calculating BACs for Dummies: The Real-World Significance of Canada’s 0.08% Criminal BAC Limit for Driving” (2004), 8 *Can. Crim. L.R.* 219.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Saunders, Oland and Fichaud JJ.A.) (2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 208 C.C.C. (3d) 248, 30 M.V.R. (5th) 161, [2006] N.S.J. No. 178 (QL), 2006 CarswellNS 181, 2006 NSCA 51, setting aside the accused’s acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed, Binnie and Deschamps JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Ritter and O’Brien JJ.A.), [2006] 9 W.W.R. 711, 60 Alta. L.R. (4th) 205, 391 A.R. 140, 209 C.C.C. (3d) 481, 32 M.V.R. (5th) 163, [2006] A.J. No. 706 (QL), 2006 CarswellAlta 792, 2006 ABCA 177, affirming the accused’s conviction. Appeal dismissed, Binnie and Deschamps JJ. dissenting.

*Joshua M. Arnold, Michael S. Taylor and Stanley W. MacDonald*, for the appellant Robert Albert Gibson.

*Alan D. Gold*, for the appellant Martin Foster MacDonald.

*William D. Delaney and Frank Hoskins, Q.C.*, for the respondent Her Majesty the Queen (31546).

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. c. Déry*, [2001] J.Q. n° 3205 (QL); *R. c. Bellemare*, [2001] J.Q. n° 3304 (QL); *R. c. Nault*, [2001] J.Q. n° 3201 (QL); *R. c. Thiffault*, [2001] J.Q. n° 3198 (QL); *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. c. Milne* (2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331; *R. c. Hughes*, [2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 258(1)c), d.1), g).  
*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 25.

#### Doctrine citée

Solomon, Robert, and Erika Chamberlain. « Calculating BACs for Dummies : The Real-World Significance of Canada’s 0.08% Criminal BAC Limit for Driving » (2004), 8 *R.C.D.P.* 219.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Saunders, Oland et Fichaud) (2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 208 C.C.C. (3d) 248, 30 M.V.R. (5th) 161, [2006] N.S.J. No. 178 (QL), 2006 CarswellNS 181, 2006 NSCA 51, qui a annulé l’acquittement de l’accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Deschamps sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Ritter et O’Brien), [2006] 9 W.W.R. 711, 60 Alta. L.R. (4th) 205, 391 A.R. 140, 209 C.C.C. (3d) 481, 32 M.V.R. (5th) 163, [2006] A.J. No. 706 (QL), 2006 CarswellAlta 792, 2006 ABCA 177, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l’accusé. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Deschamps sont dissidents.

*Joshua M. Arnold, Michael S. Taylor et Stanley W. MacDonald*, pour l’appelant Robert Albert Gibson.

*Alan D. Gold*, pour l’appelant Martin Foster MacDonald.

*William D. Delaney et Frank Hoskins, c.r.*, pour l’intimée Sa Majesté la Reine (31546).



*Eric J. Tolppanen and David C. Marriott, for the respondent Her Majesty the Queen (31613).*

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

The reasons of Bastarache, Abella, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

CHARRON J. —

### 1. Overview

[1] These appeals raise the question of whether expert opinion evidence which says that the accused's blood alcohol concentration may have been over or may have been within the legal limit at the material time, depending on the accused's actual rates of absorption and elimination on the day in question, is capable of rebutting the statutory presumption set out in s. 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (see Appendix). This type of evidence will be referred to as "straddle evidence" because the range of possible blood alcohol concentrations straddles the legal limit of 80 mg of alcohol per 100 ml of blood.

[2] LeBel J. concludes that depending on a number of factors, straddle evidence may or may not provide a sufficiently probative evidentiary basis to rebut the presumption arising from the accused's failure of the breathalyzer test. These factors may include evidence about the accused's own rate of elimination as tested post-offence. I agree with LeBel J. that the straddle evidence adduced in both cases under appeal failed to rebut the presumption and that consequently both appeals should be dismissed. However, I arrive at this conclusion for different reasons.

[3] As I will explain, it is my view that in *all* cases straddle evidence merely constitutes an attempt to defeat the statutory presumption itself and, as such, does not tend to show that the accused's blood alcohol concentration did not exceed the legal limit at

*Eric J. Tolppanen et David C. Marriott, pour l'intimée Sa Majesté la Reine (31613).*

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

Version française des motifs des juges Bastarache, Abella, Charron et Rothstein rendus par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Aperçu

[1] La Cour doit déterminer si une preuve d'expert selon laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment des faits reprochés pouvait aussi bien dépasser la limite légale qu'y être inférieure, selon ses taux réels d'absorption et d'élimination la journée en question, permet de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (voir annexe). On utilisera l'expression « preuve de chevauchement » pour désigner ce type de preuve, puisque la fourchette des alcoolémies possibles chevauche la limite légale fixée à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

[2] Le juge LeBel conclut que, en fonction d'un certain nombre de facteurs, la preuve de chevauchement pourrait dans certains cas constituer un élément de preuve suffisamment probant pour réfuter la présomption découlant d'un alcootest positif. Au nombre de ces facteurs pourrait figurer une preuve relative au taux d'élimination de l'alcool chez l'accusé, mesuré par des tests effectués après l'infraction. Comme le juge LeBel, je conclus que la preuve de chevauchement présentée dans les deux affaires dont la Cour est saisie ne permet pas de réfuter la présomption et que, par conséquent, les deux pourvois doivent être rejetés. J'arrive toutefois à cette conclusion pour des raisons différentes.

[3] Comme je l'expliquerai, la preuve de chevauchement, à mon avis, représente simplement dans *tous* les cas la tentative de priver de tout effet la présomption légale elle-même et ne tend donc pas à établir, dans le contexte de l'al. 258(1)d.1), que

the time of the alleged offence within the meaning of s. 258(1)(d.1). I also conclude, on the basis of the undisputed scientific fact that absorption and elimination rates vary continuously, that post-offence testing of the accused's own elimination rate will rarely, if ever, add anything of value to the expert opinion evidence and, for obvious policy reasons, should not be encouraged, let alone required.

[4] It is undisputed that the human body absorbs and eliminates alcohol over time, and that absorption and elimination rates vary, not only from person to person, *but also from time to time for the same individual*, depending on a number of factors, some of which concern the person's digestive process at the relevant time. It is therefore impossible to ascertain the precise rate at which the accused was metabolizing alcohol at the time of the alleged offence. Parliament can be assumed to have known that blood alcohol levels are subject to these inherent variations. Yet, it saw fit to implement the presumption. The legislative scheme must be interpreted in this context.

[5] Because absorption and elimination rates continually vary, it is readily apparent that a breathalyzer reading of 95 mg, for example, may not reflect the *actual* concentration of alcohol in the accused's blood at the time of the alleged offence — it would depend on the rate at which the particular accused is metabolizing the alcohol during the relevant time period on the day in question. Yet, it can be no defence for an accused to say that the actual alcohol concentration at the material time may have been less than the legal limit based on this variable alone. To admit such a defence would obviously fly in the face of the presumption itself. It is because of these inherent variations in absorption and elimination rates that the presumption of identity is needed in the first place. In order to facilitate proof of the offence, the presumption treats all persons as one person with a fixed rate of elimination and absorption.

l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale au moment de l'infraction reprochée. Je conclus aussi, en m'appuyant sur des faits scientifiques incontestés, que les taux d'absorption et d'élimination varient constamment, que les tests effectués après l'infraction pour mesurer le taux d'élimination de l'accusé ajouteront rarement, voire jamais, quoi que ce soit d'utile à la preuve d'expert et que, pour des raisons de principe évidentes, il ne faut pas les encourager, et encore moins les exiger.

[4] Il est incontesté que le corps humain absorbe et élimine l'alcool au fil du temps et que les taux d'absorption et d'élimination varient, non seulement d'une personne à l'autre, *mais aussi d'un moment à l'autre chez le même individu*, en fonction de plusieurs facteurs, dont certains ont trait au processus de digestion au moment considéré. Il est donc impossible de déterminer le taux précis de métabolisation d'alcool chez l'accusé au moment de l'infraction reprochée. On peut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie est sujette à ces variations inhérentes. Or, il a jugé opportun d'instaurer la présomption. C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter les dispositions de la loi.

[5] Étant donné que les taux d'absorption et d'élimination varient constamment, l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie de 95 mg, par exemple, peut bien entendu ne pas correspondre à l'alcoolémie *réelle* de l'accusé au moment de l'infraction reprochée — l'alcoolémie dépend de la vitesse à laquelle un accusé donné métabolise l'alcool durant la période considérée, le jour en question. L'accusé ne saurait pourtant invoquer comme moyen de défense le fait que son alcoolémie réelle au moment des faits reprochés pouvait être inférieure à la limite légale en raison de cette seule variable. Admettre un tel moyen de défense, ce serait à l'évidence faire fi de la présomption elle-même. C'est d'ailleurs à cause de ces variations inhérentes des taux d'absorption et d'élimination que la présomption d'identité s'impose. Pour faciliter la preuve de l'infraction, la présomption traite toutes les personnes comme une seule ayant des taux d'élimination et d'absorption fixes.

[6] Straddle evidence puts the accused in no better position. It merely confirms that the accused falls into the category of drivers targeted by Parliament — namely, those who drive having consumed enough alcohol to reach a blood alcohol concentration exceeding 80 mg. Parliament, in creating this offence, clearly regarded driving with this level of consumption as posing sufficient risk to warrant criminalization. It is therefore not enough to show, based on evidence about the accused's pattern of consumption of alcohol during the relevant time period, that the accused consumed enough alcohol to exceed the legal limit, *albeit* in a quantity that would place him within a range that may be somewhat different than that which could be extrapolated from the breathalyzer reading. It is clear from the wording of s. 258(1)(d.1) that the presumption can only be rebutted by evidence that tends to show that the accused's blood alcohol concentration *did not exceed the legal limit* and, hence, that the accused was not in the targeted category of drivers.

[7] In order to displace the presumption, the evidence must show, therefore, that based on the amount of alcohol consumed, the accused's blood alcohol concentration would not have been above the legal limit at the time of driving, *regardless* of how fast or slow the accused may have been metabolizing alcohol on the day in question. Of course, the court need not be convinced of that fact. It is sufficient if the evidence raises a reasonable doubt.

[8] Further, because it is scientifically undisputed that absorption and elimination rates can vary from time to time, nothing is really gained by post-offence testing of an accused's elimination rate. Short of reproducing the exact same conditions that existed at the time of the offence, assuming this is even possible, any expert opinion evidence based on actual tests would have to be given with the qualification that absorption and elimination rates vary from time to time, and therefore the accused's blood alcohol level at the material time cannot be measured with precision. Ultimately, the

[6] La preuve de chevauchement n'est pas davantage utile à l'accusé. Elle confirme simplement qu'il fait partie de la catégorie des conducteurs visés par le législateur — à savoir ceux qui prennent le volant après avoir consommé suffisamment d'alcool pour atteindre une alcoolémie de plus de 80 mg. Le législateur, lorsqu'il a créé cette infraction, a manifestement considéré que la conduite avec ce niveau de consommation pose un risque suffisant pour être érigée en infraction criminelle. Par conséquent, il ne suffit pas de démontrer, en se fondant sur une preuve relative au mode de consommation d'alcool de l'accusé pendant la période pertinente, que celui-ci a consommé suffisamment d'alcool pour que son alcoolémie dépasse la limite légale, *quoique* en une quantité qui le situerait dans une fourchette qui pourrait être quelque peu différente de celle qu'on pourrait extrapoler à partir du résultat de l'alcootest. Il ressort clairement du texte de l'al. 258(1)d.1) que la présomption peut uniquement être réfutée par une preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé *ne dépassait pas la limite légale* et que ce dernier ne faisait donc pas partie de la catégorie des conducteurs visés.

[7] Pour neutraliser la présomption, la preuve doit démontrer que, étant donné la quantité d'alcool consommée, l'alcoolémie de l'accusé n'aurait pas dépassé la limite légale au moment où il était au volant, *peu importe* la vitesse à laquelle son organisme métabolisait l'alcool la journée en question. Bien entendu, il n'est pas nécessaire que le tribunal soit convaincu de ce fait. Il suffit que la preuve soulève un doute raisonnable.

[8] En outre, comme il est scientifiquement incontesté que les taux d'absorption et d'élimination peuvent varier d'un moment à l'autre, il ne sert vraiment à rien d'établir le taux d'élimination de l'accusé par des tests effectués après l'infraction. À moins que soient reproduites exactement les conditions existant au moment de l'infraction — à supposer que la chose soit même possible —, toute preuve d'expert fondée sur des tests devrait être assortie de la réserve suivante : les taux d'absorption et d'élimination varient d'un moment à l'autre, si bien qu'il est impossible de mesurer avec précision l'alcoolémie

best evidence an expert can provide, as the expert opinion evidence adduced in Mr. MacDonald's case exemplifies, is likely to be a range reflecting average elimination rates. In any event, it is my view that this Court should not interpret this legislative scheme, which is intended to combat the social evils resulting from drinking and driving, as requiring accused persons, some of whom may well be battling with alcohol addiction, to submit to drinking tests in order to make out a defence. Surely, Parliament cannot have so intended.

## 2. The Proceedings Below

[9] LeBel J. has described the facts in some detail and summarized the findings of the courts below and I need not repeat this information here. For the purpose of my analysis, I will only briefly summarize the evidence.

[10] In each case under appeal, the accused was charged with driving "over 80" after failing a breathalyzer test. The first breath sample taken from Mr. Gibson provided a reading of 120 mg and the second a reading of 100 mg. The two breath samples taken from Mr. MacDonald each produced a reading of 146 mg. At their respective trials, Mr. Gibson and Mr. MacDonald testified as to their pattern of drinking at the material time and adduced expert evidence to rebut the presumption that the breathalyzer readings provided proof that their blood alcohol concentrations exceeded the legal limit at the time of driving. As is usually the case, the expert opinion evidence concerning the accused's blood alcohol concentration at the time of driving was expressed in terms of a range of possible blood alcohol concentrations, given the amount of alcohol consumed, the pattern of drinking, and the accused's age, height, weight and gender. In each case, the range of hypothetical blood alcohol concentrations "straddled" the legal limit of 80 mg. Mr. Gibson's expert testified that, if the pattern of consumption described by Mr. Gibson was accurate, his blood alcohol concentration would have been between 40 and 105 mg at the time of

de l'accusé au moment des faits reprochés. En dernière analyse, la meilleure preuve que peut produire un expert, comme l'illustre la preuve d'expert présentée dans la cause de M. MacDonald, consiste sans doute dans une fourchette correspondant aux taux moyens d'élimination. Quoi qu'il en soit, la Cour ne devrait pas, à mon avis, donner à ce régime législatif, qui s'inscrit dans la lutte contre les maux sociaux résultant de l'alcool au volant, une interprétation telle que les accusés, dont certains peuvent fort bien être aux prises avec l'alcoolisme, auraient à se soumettre à des tests de dépistage d'alcool afin d'établir un moyen de défense. Telle ne pouvait sûrement pas être l'intention du législateur.

## 2. Les juridictions inférieures

[9] Comme le juge LeBel a décrit les faits d'une façon assez détaillée et a résumé les conclusions des juridictions inférieures, il est inutile de les répéter ici. Pour les besoins de mon analyse, je me contenterai de résumer brièvement la preuve.

[10] Dans chacune des affaires dont la Cour est saisie, l'accusé a été inculpé de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 mg » après un alcootest positif. Le premier échantillon d'haleine fourni par M. Gibson indiquait une alcoolémie de 120 mg et le second, une alcoolémie de 100 mg. Dans le cas de M. MacDonald, chacun des deux échantillons indiquait une alcoolémie de 146 mg. Lors de leurs procès respectifs, M. Gibson et M. MacDonald ont témoigné au sujet de leur mode de consommation au moment des faits reprochés et ont présenté une preuve d'expert afin de réfuter la présomption selon laquelle les résultats des alcootests prouvaient que leur alcoolémie au moment où ils étaient au volant était supérieure à la limite légale. Comme c'est habituellement le cas, la preuve d'expert relative à l'alcoolémie au volant était présentée sous la forme d'une fourchette d'alcoolémies possibles en fonction de la quantité d'alcool consommée, du mode de consommation ainsi que de l'âge, de la taille, du poids et du sexe de l'accusé. Dans chacun des cas, la fourchette d'alcoolémies hypothétiques chevauchait la limite légale de 80 mg. Selon l'expert de M. Gibson, si le mode de consommation décrit par ce dernier était exact, son alcoolémie se serait située

driving. Mr. MacDonald's expert provided a range of between 64 and 109 mg.

[11] In addition, the expert called on behalf of Mr. MacDonald tested his elimination rate more than six months after the alleged offence, explaining that this test was required of him by the Alberta Court of Appeal. The test did not involve beer or a similar pattern of drinking as on the date of the offence, but rather required Mr. MacDonald to consume a quantity of diet soda and vodka over a period of five minutes, then give breath samples periodically until his blood alcohol concentration reached a target range of between 50 and 60 mg. On the basis of this test, the expert determined that Mr. MacDonald's elimination rate was 18.5 mg per hour. Assuming this elimination rate to be operative at the material time, the expert estimated that Mr. MacDonald's blood alcohol concentration would have been 71 mg when he was stopped by the police. However, the expert added that "medically it's clear" that an individual's elimination rate can "vary from occasion to occasion", and that food consumption and alcohol type affect alcohol absorption rates. He therefore stated that "if the rate of elimination was not 18.5 likely it would fall between 10 and 20, again, because most of the population would break alcohol down within that range" (A.R., at p. 70).

### 3. Analysis

[12] Before discussing the effect of straddle evidence, it may be helpful to briefly describe the evidentiary presumptions in s. 258(1) of the *Criminal Code* in the context of the legislative scheme and to review some of this Court's jurisprudence on the presumptions and the nature of the evidence capable of rebutting them.

#### 3.1 *The Legislative Scheme and the Statutory Presumptions*

[13] It is a criminal offence under s. 253 of the *Criminal Code* for a person to operate a motor

entre 40 et 105 mg au moment où il était au volant. L'expert de M. MacDonald a, quant à lui, fait état d'une fourchette s'établissant entre 64 et 109 mg.

[11] Par ailleurs, l'expert cité pour le compte de M. MacDonald a effectué, plus de six mois après l'infraction reprochée, un test visant à déterminer son taux d'élimination de l'alcool. Il a expliqué que ce test lui avait été demandé par la Cour d'appel de l'Alberta. Il n'a pas utilisé de bière pour ce test, ni tenté de reproduire le mode de consommation à la date de l'infraction reprochée, mais a plutôt fait boire à M. MacDonald une certaine quantité de soda diète et de vodka pendant cinq minutes et lui a demandé de fournir périodiquement des échantillons d'haleine jusqu'à ce que son alcoolémie atteigne la fourchette cible, entre 50 et 60 mg. À partir des résultats de ce test, il a conclu que le taux d'élimination de M. MacDonald était de 18,5 mg par heure. Il a estimé que, si tel était son taux d'élimination au moment des faits reprochés, l'alcoolémie de M. MacDonald se serait établie à 71 mg lors de son interpellation par la police. Il a cependant ajouté que [TRADUCTION] « médicalement, il est clair » que le taux d'élimination d'un individu peut [TRADUCTION] « varier d'une fois à l'autre » et que la consommation d'aliments ainsi que le type d'alcool influent sur les taux d'absorption de l'alcool. Il a donc déclaré que, [TRADUCTION] « si le taux d'élimination n'était pas de 18,5, il se situerait probablement entre 10 et 20, encore une fois, parce que la majorité des gens métaboliserait l'alcool à l'intérieur de cette fourchette » (d.a., p. 70).

### 3. Analyse

[12] Avant d'aborder les effets de la preuve de chevauchement, il peut être utile de décrire brièvement les présomptions de preuve énoncées au par. 258(1) du *Code criminel* dans le contexte du régime législatif et d'examiner certaines décisions rendues par la Cour au sujet de ces présomptions et de la nature de la preuve capable de les réfuter.

#### 3.1 *Le régime législatif et les présomptions légales*

[13] Selon l'article 253 du *Code criminel*, commet une infraction criminelle quiconque conduit un

vehicle while his or her ability to operate the motor vehicle is impaired by alcohol. It is equally an offence under the same provision for a person to operate a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds 80 mg. In criminalizing the conduct of persons who drive with a blood alcohol concentration in excess of 80 mg, *regardless* of whether those persons are actually impaired at the time, it can be presumed that Parliament regarded driving with this level of consumption as being of sufficient risk to warrant criminalization. Wakeling J.A. captured this point well in his dissenting reasons in *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 (Sask. C.A.), at pp. 45-46:

As a starting point in the consideration of this appeal, it is useful to remember the basis for the legislation in question. The decision to create an .08 standard as establishing intoxication to a point of impairment necessarily rejects an element of individuality in order to meet the higher social advantage of effectively dealing with the serious hazard created by those who drive when they have been drinking and are impaired as a consequence. Inherent in the acceptance of .08 as a standard is the recognition that alcohol does not have the same impact on everyone, depending on such differences as gender, age, weight and individual tolerance levels, but that the extent of the social concern created by impaired drivers and the tragic consequences of a failure to control that problem, dictated the change from an emphasis on an individual's reaction to alcohol to an emphasis on a standard of general application. The standard is not intended as an absolute one in the sense that it is an accurate assessment of everyone's state of impairment, as is evident from the fact some jurisdictions have set the figure at .100 (some states in the U.S.A.) and others as low as .06 (some states in Australia).

[14] Section 258(1) of the *Criminal Code* establishes three evidentiary presumptions which simplify the prosecution of the offence of driving "over 80". In *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, Iacobucci J. explained that the presumptions are "legal or evidentiary shortcuts designed to bridge difficult evidentiary gaps" (para. 23). More recently, Deschamps J. described the legislative scheme as creating "two presumptions of identity and one

véhicule à moteur lorsque sa capacité de conduire ce véhicule est affaiblie par l'effet de l'alcool. Selon le même article, commet aussi une infraction qui conque conduit un véhicule à moteur lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse 80 mg. On peut présumer que le législateur, lorsqu'il a érigé en infraction criminelle la conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 mg, *peu importe* que les facultés soient ou non effectivement affaiblies à ce moment-là, a estimé que la conduite avec ce niveau de consommation pose un risque suffisant pour être qualifié de crime. Le juge Wakeling l'a bien expliqué dans ses motifs dissidents dans *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 (C.A. Sask.), p. 45-46 :

[TRADUCTION] Pour l'examen du présent appel, il est utile au départ de rappeler le fondement des dispositions en question. La décision d'établir une norme de 0,08 au-delà de laquelle il est établi que l'état d'ébriété entraîne l'affaiblissement des facultés revient nécessairement à rejeter un élément d'individualité afin d'obtenir un avantage social supérieur — soit la prise de mesures efficaces contre le danger grave créé par ceux qui conduisent avec des facultés affaiblies par la consommation d'alcool. L'acceptation de la norme de 0,08 implique d'une façon inhérente la reconnaissance du fait que l'alcool n'agit pas de la même manière sur chacun, son effet variant en fonction notamment du sexe, de l'âge, du poids et du niveau de tolérance individuel, mais qu'étant donné l'ampleur du problème social de la conduite avec facultés affaiblies et les conséquences tragiques si l'on n'y répond pas efficacement, il a fallu cesser de mettre l'accent sur la réaction individuelle à l'alcool pour insister plutôt sur une norme d'application générale. On n'a pas prétendu en faire une norme absolue au sens où elle permettrait d'évaluer avec exactitude l'affaiblissement des facultés de chacun, comme en témoigne le fait qu'à certains endroits la limite a été fixée à 0,100 (dans certains États américains) alors qu'ailleurs elle n'est que de 0,06 (dans certains États australiens).

[14] Le paragraphe 258(1) du *Code criminel* établit trois présomptions de preuve qui simplifient les poursuites intentées à l'égard de l'infraction de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 mg ». Dans *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, le juge Iacobucci a expliqué que les présomptions sont « des raccourcis légaux conçus pour combler de graves lacunes dans la preuve » (par. 23). Plus récemment, la juge Deschamps a précisé que le

presumption of accuracy” (*R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72, at para. 14).

[15] The presumption of accuracy is contained in s. 258(1)(g). It provides that a technician’s certificate stating the accused’s blood alcohol concentration at the time of the breathalyzer test is presumed to be accurate, in the absence of any evidence to the contrary. Although s. 258(1)(g) does not expressly include the words “in the absence of any evidence to the contrary”, this phrase is included by implication because of s. 25(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which states as follows:

**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.

[16] The first presumption of identity is contained in s. 258(1)(c). Section 258(1)(c) states that in the absence of evidence to the contrary, where breath alcohol samples have been taken in accordance with certain technical requirements, the accused’s blood alcohol concentration at the time of the breathalyzer test is presumed to be the same as his blood alcohol concentration at the time of the alleged offence. In *St. Pierre*, this Court considered the statutory presumption in s. 258(1)(c) and concluded that in order to rebut the presumption, the accused need only demonstrate that his blood alcohol concentration at the time of driving was different than at the time of the test. Iacobucci J. explained the Court’s reasoning in the following manner:

The section clearly does not say that the accused must show that he or she was not over .08 for the presumption not to apply. As stated earlier, the presumed fact deals with presuming blood alcohol levels to be the same at two different times. Evidence to the contrary must therefore be defined in relation to what is being presumed. [para. 46]

Following *St. Pierre*, Parliament enacted s. 258(1)(d.1), which effectively overruled the majority decision in that case. Section 258(1)(d.1) adds that where the breathalyzer test produces a reading

régime législatif crée « deux présomptions d’identité et une présomption d’exactitude » (*R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72, par. 14).

[15] La présomption d’exactitude est énoncée à l’al. 258(1)g). Le certificat dans lequel un technicien indique l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’alcootest est présumé exact, sauf preuve contraire. Bien que le terme « sauf preuve contraire » ne figure pas à l’al. 258(1)g), il en fait implicitement partie en raison du par. 25(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, dont voici le texte :

**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 l’établit de façon concluante.

[16] La première présomption d’identité est contenue à l’al. 258(1)c), aux termes duquel l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’alcootest est présumée, en l’absence de toute preuve contraire, être identique à son alcoolémie au moment de l’infraction reprochée, pourvu que les échantillons d’haleine aient été prélevés conformément à certaines exigences de nature technique. Dans *St. Pierre*, la Cour a examiné la présomption établie à l’al. 258(1)c) et a conclu que, pour la réfuter, l’accusé doit seulement démontrer que son alcoolémie au volant était différente de son alcoolémie au moment de l’alcootest. Le juge Iacobucci a ainsi expliqué le raisonnement de la Cour :

De toute évidence, [la disposition] ne dit pas que, pour que la présomption ne s’applique pas, il doit prouver que son alcoolémie ne dépassait pas 0,08. Je le répète, le fait présumé est que l’alcoolémie à deux moments distincts était identique. L’expression « preuve contraire » doit donc être définie par rapport à ce qui est présumé. [par. 46]

À la suite de l’arrêt *St. Pierre*, le Parlement a adopté l’al. 258(1)d.1), qui a eu pour effet de neutraliser la décision majoritaire rendue dans cette affaire. Cette disposition précise que, si l’alcootest indique

above 80 mg, the accused's blood alcohol concentration is presumed to have exceeded 80 mg at the time of the alleged offence, absent evidence "tending to show" that the accused's blood alcohol concentration did not in fact exceed 80 mg. As a result, in order to rebut the statutory presumptions of identity in s. 258(1), an accused whose breathalyzer reading exceeds 80 mg must now show not only that his blood alcohol concentration was different at the time of driving than at the time of the test, but also that his blood alcohol concentration did not exceed 80 mg at the time of the alleged offence.

### 3.2 *Rebutting the Presumptions*

[17] It is well established that the standard of proof required to rebut the statutory presumptions is reasonable doubt. The expressions "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c), "any evidence to the contrary" implicit in s. 258(1)(g) and "evidence tending to show" in s. 258(1)d.1 reflect this same standard. In *Boucher*, the Court emphasized that the burden of proof never shifts to the accused. Rather, "it will be sufficient if, at the conclusion of the case on both sides, the trier of fact has a reasonable doubt" (*Boucher*, at para. 15, citing *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, at p. 549).

[18] Of course, the crucial factual foundation upon which expert opinion evidence of this kind usually stands or falls is the accused's evidence about the amount of alcohol he or she consumed and the pattern of drinking over the relevant period of time. If this factual basis is not credible and is rejected by the trial judge, the expert opinion evidence about the accused's blood alcohol level at the time of the offence, although relevant and admissible at the time it is proffered, has no probative value and need not be considered by the court in arriving at a verdict. The issue of whether the expert opinion evidence "tends to show" that the accused's blood alcohol level did not exceed 80 mg at the material time only arises if the accused's evidence of consumption is believed.

[19] A review of the previous decisions of this Court demonstrates that Parliament's intention in

une alcoolémie supérieure à 80 mg, l'alcoolémie de l'accusé est présumée être supérieure à 80 mg au moment de l'infraction reprochée, en l'absence de preuve « tendant à démontrer » qu'en fait elle ne dépassait pas 80 mg. Par conséquent, pour réfuter les présomptions d'identité établies par le par. 258(1), l'accusé dont l'alcoolémie indiquée par l'alcootest est supérieure à 80 mg doit désormais démontrer non seulement que son alcoolémie lorsqu'il se trouvait au volant était différente de ce qu'elle était au moment de l'alcootest, mais aussi que son alcoolémie ne dépassait pas 80 mg au moment de l'infraction reprochée.

### 3.2 *Réfutation des présomptions*

[17] Il est bien établi que la norme de preuve requise pour la réfutation des présomptions légales est celle du doute raisonnable. Les termes « toute preuve contraire » à l'al. 258(1)c), « preuve contraire » implicite à l'al. 258(1)g) et « preuve tendant à démontrer » à l'al. 258(1)d.1 reflètent la même norme. Dans *Boucher*, la Cour a souligné que le fardeau de la preuve ne passe jamais à l'accusé : « il suffit qu'à la fin du procès, le juge du fond ait un doute raisonnable » (*Boucher*, par. 15, citant *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, p. 549).

[18] Le fondement factuel crucial de la preuve d'expert de ce type repose habituellement, bien entendu, sur le témoignage de l'accusé au sujet de la quantité d'alcool qu'il a consommée et sur le mode de consommation durant la période en cause. Si ce fondement factuel n'est pas crédible et est rejeté par le juge du procès, la preuve d'expert concernant l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction, même si elle est pertinente et admissible lorsqu'elle est présentée, n'a aucune force probante et le tribunal n'a pas à la prendre en considération pour rendre son verdict. La question de savoir si la preuve d'expert « tend à démontrer » que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment des faits reprochés se pose uniquement si le témoignage de l'accusé à propos de sa consommation est jugé digne de foi.

[19] L'examen des décisions antérieures de la Cour démontre que l'intention du législateur, lorsqu'il a



enacting this legislation has played a prominent role in determining what kind of evidence is capable of rebutting the presumptions in s. 258(1). In *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261, the accused was charged with “over 80” following a breathalyzer test which showed that his blood alcohol concentration was 90 mg. Moreau was convicted, but on appeal by way of a trial *de novo*, he adduced expert evidence that the breathalyzer was subject to a margin of error of 10 mg. The case was appealed to the Court of Appeal and then to this Court, where the majority concluded that expert evidence of the breathalyzer’s margin of error could not constitute “evidence to the contrary” for the purposes of s. 258(1)(c). Beetz J. provided the following explanation for why such evidence was incapable of rebutting the presumption:

What evidence there is, tendered on behalf of the accused, is expert evidence from which Courts are asked to conclude, contrary to what the Code explicitly prescribes, that the result of the chemical analysis is not or ought not to be proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed. This, in my opinion, is not evidence aimed at rebutting the presumption provided for in the section but at denying its very existence. “Evidence to the contrary” cannot be evidence solely directed at defeating the scheme established by Parliament under ss. 236 and 237.

This elaborate legislative scheme contemplates and provides for elements of positive certainty such as the official approval of certain kinds of instruments, the designation of analysts and qualified technicians, a maximum time period between the commission of the alleged offence and the taking of a breath sample, and the reading by a qualified technician on an approved instrument of a proportion of alcohol in the blood in excess of a specified proportion. Once the conditions prescribed or contemplated by this scheme are fulfilled, a presumption arises against the alleged offender which he can rebut by tendering “evidence to the contrary”. But in my opinion, no evidence is “evidence to the contrary” when its only effect is to demonstrate in general terms the possible uncertainty of the elements of the scheme or the inherent fallibility of instruments which are approved under statutory authority. Thus, the proof by expert evidence that, for physiological reasons of a general nature, the maximum time period of two hours between the commission of an offence and the taking of a breath sample is too long would not be “evidence to the contrary”. [Emphasis added; pp. 271-72.]

adopté ces dispositions, a joué un rôle important dans la détermination du type de preuve capable de réfuter les présomptions établies par le par. 258(1). Dans *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261, l’accusé avait été inculpé d’avoir conduit un véhicule avec une alcoolémie « supérieure à 80 », par suite d’un alcootest indiquant une alcoolémie de 90 mg. M. Moreau a été déclaré coupable, mais lors d’un appel par voie de procès *de novo*, il a fait témoigner un expert selon lequel l’alcootest était sujet à une marge d’erreur de 10 mg. Appel a ensuite été interjeté devant la Cour d’appel, puis devant la Cour suprême, qui a conclu, à la majorité, que la preuve d’expert relative à la marge d’erreur de l’alcootest ne pouvait pas constituer une « preuve contraire » pour l’application de l’al. 258(1)(c). Le juge Beetz a expliqué pourquoi cette preuve ne pouvait réfuter la présomption :

La seule preuve soumise au nom de l’accusé sur ce point est le témoignage d’un expert sur lequel on se fonde pour demander aux tribunaux de conclure, en contradiction avec les dispositions expresses du Code, que le résultat de l’analyse chimique ne fait pas, ni ne devrait faire, preuve du taux d’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction alléguée. À mon avis, cette preuve ne vise pas à réfuter la présomption établie par l’article du Code, elle veut en nier l’existence même. La « preuve contraire » ne peut être une preuve dont le seul but est de contourner le système établi par le Parlement aux art. 236 et 237.

Le système complexe établi par ces dispositions envisage et prévoit des éléments certains, comme l’approbation officielle de certains types d’instruments, la désignation d’analystes et de techniciens qualifiés, un délai maximum pour prélever un échantillon d’haleine après l’infraction alléguée et la mesure, par un technicien qualifié utilisant un instrument approuvé, d’un taux d’alcoolémie excédant un chiffre donné. Le fait de satisfaire aux conditions fixées par ce système fait naître une présomption contre le prévenu, qu’il peut réfuter par une « preuve contraire ». Mais, à mon avis, une preuve dont le seul effet est de démontrer en termes généraux l’imprécision possible des éléments du système ou la faillibilité inhérente d’instruments approuvés par la loi, n’est pas une « preuve contraire ». Ainsi, la preuve d’expert que, pour des raisons physiologiques générales, le délai maximum de deux heures entre l’infraction et le prélèvement d’un échantillon d’haleine est trop long, ne constituerait pas une « preuve contraire ». [Je souligne; p. 271-272.]

[20] In *St. Pierre*, Iacobucci J. made a similar finding with respect to s. 258(1)(c). In that case, the accused consumed two small bottles of vodka between the time she was stopped by police and when the breathalyzer test was administered. The Court concluded that this evidence was sufficient to rebut the presumption of identity. In limiting what could constitute “evidence to the contrary”, however, Iacobucci J. noted that evidence of the “normal process of absorption and elimination” could not be “evidence to the contrary”. Otherwise, “the presumption would be useless, since it could always be rebutted”. He further explained:

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 [in the Court of Appeal below], to permit this to become “evidence to the contrary” 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; para. 61.]

[21] These excerpts are instructive on the question that occupies us concerning the effect of straddle evidence. The evidence referred to in *Moreau* and at para. 61 of *St. Pierre* was not probative of the blood alcohol level of the particular accused, but was instead an attack on the presumptions themselves. In both cases, this Court concluded that it did not advance the accused’s case to show that the presumptions were legal fictions, since this was self-evident.

[22] The determinative question in these cases, therefore, is whether straddle evidence is truly evidence which “tends to show” that the accused’s blood alcohol level did not exceed 80 mg at the time of driving, or whether it is evidence akin to that referred to in *Moreau* and *St. Pierre* which, in effect, merely attacks the presumption itself.

[20] Dans *St. Pierre*, le juge Iacobucci est arrivé à une conclusion analogue à propos de l’al. 258(1)c). L’accusée avait consommé deux petites bouteilles de vodka entre le moment où elle avait été interpellée par la police et celui de l’alcooltest. La Cour a jugé cet élément de preuve suffisant pour réfuter la présomption d’identité. Mais en fixant les limites de ce qui pourrait constituer une « preuve contraire », le juge Iacobucci a signalé que la preuve du « processus normal d’absorption et d’élimination » ne pouvait pas être une « preuve contraire ». Sinon, « la présomption serait inutile, car elle pourrait être réfutée dans tous les cas ». Il a ajouté :

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 [de la Cour d’appel.] ériger cela en « preuve contraire » 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. 61.]

[21] Ces extraits sont instructifs à l’égard de la question qui nous intéresse, soit l’effet de la preuve de chevauchement. La preuve dont il est question dans *Moreau* et au par. 61 de *St. Pierre* n’a pas un caractère probant quant à l’alcoolémie de l’accusé; elle constitue plutôt une attaque contre les présomptions elles-mêmes. Or, dans les deux causes, la Cour a conclu qu’il ne servait à rien, pour la défense de l’accusé, de démontrer que les présomptions étaient des fictions juridiques, puisque cela était évident.

[22] Dans les présents pourvois, il s’agit donc essentiellement de savoir si la preuve de chevauchement est véritablement une preuve « tendant à démontrer » que l’alcoolémie de l’accusé au moment où il se trouvait au volant ne dépassait pas 80 mg, ou plutôt une preuve qui s’apparente à celles dont il est question dans *Moreau* et *St. Pierre* et qui, en fait, constitue simplement une remise en cause de la présomption elle-même.

### 3.3 *Three Approaches to Straddle Evidence*

[23] Three main approaches to straddle evidence have developed in the case law. These different approaches were discussed by the courts below, most effectively and succinctly by Tufts J., the trial judge who presided over Mr. Gibson's trial ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40). The three lines of analyses are the following.

[24] One approach to straddle evidence may be called the *Heideman* line of analysis, based on the Court of Appeal for Ontario's decision in *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542. In *Heideman*, a toxicologist gave evidence that an average person of the accused's height and weight who consumed alcohol in the same manner as the accused would have had a blood alcohol concentration of 71 mg at the time of driving. However, if the accused was a slow or a fast eliminator, his blood alcohol concentration could have fallen between 47 and 95 mg. The defence argued that the accused should be acquitted because it was more likely than not that his blood alcohol concentration was below 80 mg at the relevant time. Carthy J.A. (Abella and MacPherson JJ.A. concurring) rejected this argument and held that straddle evidence can never rebut the presumption in s. 258(1)(d.1). Rather, the entire range of hypothetical values must fall below 80 mg for the presumption to be set aside. The court reasoned as follows:

Parliament must be taken to know that the body eliminates alcohol over time and that different persons eliminate at different rates. In applying the test levels to an offence time up to two hours earlier Parliament has built the elimination factor into the choice of 80 milligrams as a standard and, in doing so, has treated all drivers as one. In other words, Parliament may have inserted into the formula a slower than average elimination rate and, as a balance, a higher offence level than might otherwise have been imposed.

### 3.3 *Trois façons d'aborder la preuve de chevauchement*

[23] Trois grandes approches ont été élaborées dans la jurisprudence relativement à la preuve de chevauchement. Les juridictions inférieures les ont étudiées dans le cadre des présentes affaires; l'examen le plus efficace et le plus succinct est celui du juge Tufts, qui présidait le procès de M. Gibson ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40). Voici les trois modes d'analyse.

[24] La première approche pourrait être appelée mode d'analyse *Heideman*, car elle est fondée sur l'arrêt *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542, de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans *Heideman*, un toxicologue a témoigné que l'alcoolémie d'une personne moyenne de la taille et du poids de l'accusé ayant consommé de l'alcool de la même façon que celui-ci se serait établie à 71 mg au moment où il se trouvait au volant. Toutefois, selon que l'organisme de l'accusé éliminait l'alcool rapidement ou lentement, son alcoolémie aurait pu se situer entre 47 et 95 mg. La défense faisait valoir que l'accusé devait être acquitté parce que, selon toute vraisemblance, son alcoolémie était inférieure à 80 mg au moment pertinent. Le juge Carthy (aux motifs duquel ont souscrit les juges Abella et MacPherson) a rejeté cet argument, déclarant que la preuve de chevauchement ne saurait en aucun cas réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)d.1). Il faut que l'ensemble de la fourchette des valeurs hypothétiques soit inférieur à 80 mg pour que la présomption puisse être écartée. Voici le raisonnement de la cour :

[TRADUCTION] Il faut présumer que le législateur sait que le corps élimine l'alcool au fil du temps et que le taux d'élimination n'est pas le même chez tout le monde. En attribuant les niveaux de l'alcootest à un moment où l'infraction aurait été commise et qui peut se situer jusqu'à deux heures auparavant, le législateur a intégré le facteur d'élimination dans le choix de la norme de 80 mg et, ce faisant, il a traité tous les conducteurs comme s'ils ne faisaient qu'un. En d'autres mots, le législateur a peut-être inséré dans la formule un taux d'élimination plus lent que la moyenne et, en contrepartie, un seuil d'infraction plus élevé que celui qui aurait autrement pu être imposé.

These contextual considerations lead me to conclude that “tending to show” does not mean evidence “bearing on the subject”, or evidence that “could show”. On the other hand, it need not be persuasive. The guilt or innocent stage has not been reached. However, the evidence must be probative of the issue before the court; that is, probative of the level of alcohol in this person’s blood at the time of the offence. The opinion must offer a choice to acceptance of the certificate as indicating the blood level at the time of the offence, and must indicate that the level was below .08.

The expert evidence in *Carter* showed that the accused was below .08, if his evidence was accepted, because the same opinion would apply to all persons of his height and weight drinking the amounts stated over the same period of time. The evidence in this case does not exonerate all persons — only those who are not slow eliminators. It is therefore not probative of this appellant’s blood level at the time of the offence.

The appellant seeks to say that he is an average person but cannot establish that fact. Absorption and elimination rates vary not only from person to person but also from time to time with each individual. Thus this element of fact cannot be established. Yet it is as essential to the opinion as the number of drinks consumed, as evidenced by the range from 71 to 95 milligrams within the group of slow eliminators. To put it another way, the opinion is not supported by the evidence any more than if the appellant had said that he’s not sure how many drinks he had consumed but on average it was five and sometimes seven. The only probative opinion would have to relate to seven drinks. [paras. 12-15]

[25] The *Heideman* approach has been followed by the courts in Ontario and by the summary conviction appeal court in Manitoba in *R. v. Noros-Adams* (2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130. The Alberta Court of Appeal expressly endorsed the *Heideman* approach in Mr. MacDonald’s case, stating that to conclude otherwise “flies directly in the face of the obvious legislative intent of the presumptions” ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 177, at para. 55). O’Brien J.A. explained as follows:

Ces considérations d’ordre contextuel m’amènent à conclure que le terme « tendant à démontrer » ne signifie pas une preuve « touchant le sujet » ou une preuve « capable de démontrer ». En revanche, la preuve n’a pas à être convaincante. On n’en est pas encore au stade de la culpabilité ou de l’innocence. La preuve doit cependant être probante quant à la question devant être tranchée par le tribunal; c’est-à-dire qu’elle doit être probante à l’égard du taux d’alcool dans le sang de la personne au moment de l’infraction. L’opinion doit offrir un autre choix que l’acceptation du certificat comme indication de l’alcoolémie au moment de l’infraction et doit indiquer que l’alcoolémie était inférieure à 0,08.

La preuve d’expert dans *Carter* montrait que l’alcoolémie de l’accusé était inférieure à 0,08, si l’on acceptait le témoignage de l’expert, parce que la même opinion s’appliquerait à toute personne de sa taille et de son poids qui boirait les quantités déclarées pendant le même laps de temps. En l’espèce, la preuve exonère non pas toutes les personnes, mais seulement celles dont l’organisme n’élimine pas lentement l’alcool. Elle n’a donc aucune force probante quant à l’alcoolémie de l’appelant au moment de l’infraction.

L’appelant cherche à faire valoir qu’il est une personne moyenne, mais il est incapable de le prouver. Les taux d’absorption et d’élimination varient non seulement d’une personne à l’autre, mais également d’un moment à l’autre chez le même individu. Cet élément de fait ne peut donc être établi. Il est pourtant aussi essentiel à l’opinion d’expert que le nombre de verres consommés, comme en témoigne la fourchette de 71 à 95 mg dans le groupe de personnes dont l’organisme élimine l’alcool lentement. Autrement dit, l’opinion ne trouve pas plus appui dans le témoignage que si l’appelant avait déclaré ne pas être certain du nombre de verres qu’il avait bus, mais qu’en moyenne c’étaient cinq verres et parfois sept. La seule opinion probante devrait se rapporter à sept verres. [par. 12-15]

[25] Le mode d’analyse *Heideman* a été suivi par les tribunaux ontariens et par la cour d’appel en matière de poursuites sommaires du Manitoba dans *R. c. Noros-Adams* (2003), 175 Man. R. (2d) 68, 2003 MBQB 130. La Cour d’appel de l’Alberta l’a expressément approuvé dans la cause de M. MacDonald, disant qu’arriver à la conclusion contraire, ce serait [TRADUCTION] « carrément faire fi de l’évidente intention législative à laquelle répondent les présomptions » ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 177, par. 55). Le juge O’Brien a donné les explications suivantes :

The offence created by s. 253(b) is not the quantity of alcohol consumed, but rather is the consumption resulting in an alcohol concentration exceeding 80 mg in 100 ml. The section applies equally to slow absorbers and eliminators and to fast absorbers and eliminators. In my view, the presumptions are legislated to avoid arguments based upon whether an accused is a fast or slow absorber and eliminator and the presumption of accuracy is not rebutted by demonstrating a range of possible alcohol levels, giving rise to conjecture as to whether or not the blood alcohol content was within the legal limit at the material time. Conjecture does not tend to show anything. Something more is needed to rebut the statutory presumption of the accuracy of the breathalyzer. [Emphasis added; para. 58.]

[26] The Nova Scotia Court of Appeal expressly declined to address the straddle evidence issue in Mr. Gibson's case, preferring to base its conclusion on certain passages from this Court's decision in *Boucher*. On this point, I agree with LeBel J. (at para. 62) that these appeals are distinguishable from *Boucher* and I have nothing to add to the clarification provided by my colleague. I find it interesting to note however, that the Nova Scotia Court of Appeal expressed the view that the passages from *Boucher*, upon which it founded its conclusion that the expert opinion evidence did not rebut the presumption in Mr. Gibson's case, "echo the Ontario Court of Appeal's view in *Heideman*" ((2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 2006 NSCA 51, at para. 20).

[27] Another line of cases have adopted what could be called the "prevailing direction" approach. Under this approach, courts have accepted that straddle evidence can rebut the statutory presumption if the accused's range of possible blood alcohol concentrations is more below the legal limit than above. This is essentially the approach adopted by Deschamps J. in her reasons. It was also adopted by the Alberta Provincial Court in *R. v. Gaynor* (2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104. In *Gaynor*, Davie Prov. Ct. J. consulted dictionaries to determine the ordinary meaning of "tend" in the phrase "evidence tending to show" in s. 258(1)(d.1) of the

[TRANSLATION] L'infraction créée par l'al. 253b) ne consiste pas dans la quantité d'alcool consommée, mais dans la consommation d'alcool ayant pour résultat une alcoolémie supérieure à 80 mg par 100 ml. Cette disposition s'applique de la même façon à ceux dont l'organisme absorbe et élimine l'alcool lentement qu'à ceux dont l'organisme l'absorbe et l'élimine rapidement. À mon avis, les présomptions ont été inscrites dans la loi pour éviter que l'accusé puisse faire valoir que son organisme absorbe et élimine lentement ou rapidement l'alcool, et la présomption d'exactitude n'est pas neutralisée si l'on démontre qu'il existe une fourchette d'alcoolémies possibles, soulevant ainsi des conjectures quant à la question de savoir si l'alcoolémie se situait dans la limite légale au moment des faits reprochés. Les conjectures ne tendent pas à démontrer quoi que ce soit. La réfutation de la présomption d'exactitude de l'alcootest établie dans la loi exige davantage. [Je souligne; par. 58.]

[26] Dans la cause de M. Gibson, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a expressément refusé de considérer la preuve de chevauchement, préférant fonder ses conclusions sur certains passages de la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Boucher*. Sur ce point, j'estime comme le juge LeBel (par. 62) qu'on peut faire une distinction entre les présents pourvois et l'affaire *Boucher* et je n'ai rien à ajouter à la clarification apportée par mon collègue. Il me semble toutefois intéressant de noter que, selon la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, les passages de *Boucher* sur lesquels elle s'est fondée pour conclure que la preuve d'expert ne réfutait pas la présomption dans le cas de M. Gibson [TRANSLATION] « répondent au point de vue de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Heideman* » ((2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 2006 NSCA 51, par. 20).

[27] Dans d'autres décisions, c'est le mode d'analyse qu'on pourrait appeler l'approche de l'« orientation dominante » qui a été retenu. Les tribunaux y ont reconnu que la preuve de chevauchement peut réfuter la présomption légale si la fourchette des valeurs possibles de l'alcoolémie de l'accusé se situe davantage en deçà qu'au delà de la limite légale. C'est essentiellement l'approche que la juge Deschamps a adoptée dans ses motifs. C'est aussi celle adoptée par la Cour provinciale de l'Alberta dans *R. c. Gaynor* (2000), 272 A.R. 108, 2000 ABPC 104. Dans *Gaynor*, le juge Davie a consulté des dictionnaires pour déterminer le sens ordinaire

*Criminal Code*. He concluded that “tend” meant “having a prevailing direction” or “to have a leaning”. He then considered these definitions in the context of straddle evidence (at para. 38):

[I]n straddle cases such as the case at bar, it is not any straddle evidence which will disarm the presumption. One cannot point to any particular part of the range of possibilities to constitute evidence to the contrary. One must look at the evidence; that is, the whole range of possible readings and ask:

Does the range of possibilities have a leaning or prevailing direction which makes it clear that the accused’s blood-alcohol level was not over .08? If it does, or if the Court is left with a reasonable doubt on the issue, then the evidence amounts to “evidence to the contrary” and the presumption is disarmed.

[28] The “prevailing direction” approach has also been adopted by other trial courts in Alberta and Prince Edward Island, and was the approach taken by the trial judge in Mr. MacDonald’s case. Kirkpatrick Prov. Ct. J. noted that the midpoint of the range of possible blood alcohol concentrations provided by the expert was above the legal limit at 86.5 mg. Adopting the prevailing direction approach as explained in *Gaynor*, Kirkpatrick Prov. Ct. J. concluded that the expert evidence did not “tend to show” that the accused’s blood alcohol level was below the legal limit at the time of driving (2003 CarswellAlta 1986).

[29] On my reading of LeBel J.’s analysis, the approach he adopts is somewhat akin to the prevailing direction approach in that it allows straddle evidence to disarm the presumption at the imprecise point when the court finds it sufficiently probative to raise a reasonable doubt. I find nothing offensive in principle with the notion that a reasonable doubt admits of no precise boundaries, but I raise the following query: if indeed straddle evidence does not fly in the face of the legislative regime and

du verbe « *tend* » dans l’expression « *evidence tending to show* » (« preuve tendant à démontrer ») à l’al. 258(1)d.1) du *Code criminel*. Il a conclu qu’il signifie [TRADUCTION] « avoir une orientation dominante » ou « avoir une tendance », pour ensuite examiner ces définitions dans le contexte de la preuve de chevauchement (par. 38) :

[TRADUCTION] [D]ans les causes comme celle-ci, où il y a en preuve une fourchette alcoolémique s’étendant de part et d’autre de la limite légale, la présomption ne saurait être neutralisée par aucune preuve de cette nature. Il est impossible de choisir un point particulier de la fourchette de valeurs possibles pour en faire une preuve contraire. Il faut examiner la preuve, à savoir l’ensemble de la fourchette de valeurs possibles, et se demander :

Est-ce que la fourchette de valeurs possibles présente une tendance ou une orientation dominante qui indique clairement que l’alcoolémie de l’accusé ne dépassait pas 0,08? Dans l’affirmative, ou si le tribunal conserve un doute raisonnable à cet égard, la preuve équivaut à une « preuve contraire » et la présomption est neutralisée.

[28] L’approche de l’« orientation dominante » a aussi été retenue par d’autres tribunaux de première instance en Alberta et à l’Île-du-Prince-Édouard. Elle a également été adoptée par le juge de première instance dans la cause de M. MacDonald. Le juge Kirkpatrick a fait remarquer que le point milieu de la fourchette d’alcoolémies possibles citée par l’expert se situait au-dessus de la limite légale, à 86,5 mg. Adoptant l’approche de l’orientation dominante exposée dans *Gaynor*, le juge Kirkpatrick a conclu que la preuve d’expert ne « tendait pas à démontrer » que l’alcoolémie de l’accusé lorsqu’il était au volant était inférieure à la limite légale (2003 CarswellAlta 1986).

[29] Si je comprends bien l’analyse du juge LeBel, l’approche qu’il adopte s’apparente dans une certaine mesure à celle de l’orientation dominante, en ce sens que la preuve de chevauchement pourrait neutraliser la présomption à un moment imprécis où le tribunal la juge suffisamment probante pour soulever un doute raisonnable. Je ne vois rien d’offensant, en principe, dans la théorie qu’un doute raisonnable n’admet pas de limites précises, mais je pose la question suivante : si effectivement la

is capable of rebutting the presumption, why would evidence that Mr. Gibson's blood alcohol concentration may have been as low as 40 mg and Mr. MacDonald's as low as 64 mg not suffice to raise a reasonable doubt? Indeed, under the third approach developed in the case law, which I describe next, this evidence, if accepted by the trial court, would effectively rebut the presumption.

[30] The third approach to straddle evidence, which could be called the "some evidence" approach, was suggested by L'Heureux-Dubé J., writing in dissent in *St. Pierre*. To rebut the statutory presumption under the "some evidence" approach, it is sufficient for the accused to point to evidence which tends to show that his blood alcohol concentration could have been below 80 mg at the time of the alleged offence. As L'Heureux-Dubé J. explained:

In the context of an "over 80" charge, it will be necessary for the accused to point to credible evidence which tends to show that his blood alcohol level could have been under the legal limit. This evidence will typically take the form of expert evidence to the effect that the alcohol consumed after driving (or immediately before embarking) would generally affect a person of the accused's sex, height and body weight within a certain range of values. Thus, for instance, an accused may adduce expert evidence indicating that when the effect of alcohol allegedly consumed after driving is subtracted from the actual blood alcohol reading on the breathalyzer, it would bring the accused's blood alcohol level to anywhere between 70 and 120 mg of alcohol per 100 ml of blood. This evidence would amount to "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c), and the Crown would no longer be able to rely on that presumption to prove its case against the accused. There is no need for the accused to demonstrate that his blood alcohol level is actually below .08. He need only adduce credible evidence tending to show that this is possible under the circumstances. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 103.]

This approach was adopted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Gibson* and the Quebec Court of Appeal in *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL).

preuve de chevauchement ne fait pas fi du régime législatif et est capable de réfuter la présomption, pourquoi la preuve que l'alcoolémie de M. Gibson pouvait être aussi peu élevée que 40 mg et celle de M. MacDonald aussi peu élevée que 64 mg ne suffirait-elle pas à soulever un doute raisonnable? D'ailleurs, selon la troisième approche élaborée dans la jurisprudence, que je vais maintenant exposer, cette preuve, si elle était acceptée par le tribunal de première instance, réfuterait effectivement la présomption.

[30] La troisième approche en ce qui concerne la preuve de chevauchement, qu'on pourrait appeler « approche fondée sur la présence de quelque élément de preuve », a été proposée par la juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs dissidents dans *St. Pierre*. Pour réfuter la présomption établie par la loi, il suffirait selon cette approche que l'accusé présente une preuve tendant à démontrer que son alcoolémie aurait pu être inférieure à 80 mg au moment de l'infraction reprochée. Voici les explications de la juge L'Heureux-Dubé :

Dans le cadre d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 mg », l'accusé devra présenter une preuve crédible qui tende à démontrer que son alcoolémie aurait pu être sous la limite prévue par la loi. Cette preuve prend typiquement la forme d'un témoignage d'expert suivant lequel l'alcool absorbé après avoir conduit le véhicule (ou immédiatement avant d'y monter) aurait généralement, sur une personne du sexe, de la taille et du poids de l'accusé, un effet situé entre certains paramètres. Ainsi, par exemple, l'accusé peut présenter le témoignage d'un expert indiquant qu'en soustrayant l'effet de l'alcool qui aurait été absorbé postérieurement à la conduite du résultat réel de l'alcootest, on obtiendrait une alcoolémie se situant entre 70 et 120 mg d'alcool par 100 ml de sang. Ce témoignage équivaldrait à une « preuve contraire » à la présomption de l'al. 258(1)(c), et il ne serait plus loisible au ministère public de se fonder sur cette présomption pour établir sa preuve contre l'accusé. L'accusé n'a pas à établir que son alcoolémie est véritablement inférieure à 0,08. Il n'a qu'à présenter une preuve crédible tendant à démontrer que cela est possible dans les circonstances. [Je souligne; soulignement dans l'original omis; par. 103.]

Cette approche a été adoptée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Gibson* et par la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Déry*, [2001] J.Q.

Under this approach, straddle evidence, when accepted by the trial court, will suffice to rebut the presumption because it provides some evidence that the accused's blood alcohol concentration did not exceed 80 mg at the time of the alleged offence. This is the approach endorsed by the trial judge in Mr. Gibson's case, hence his acquittal at trial (in fact, the trial judge concluded that the statutory presumption was rebutted on either the "prevailing direction" or the "some evidence" approach).

[31] Without question, the "some evidence" approach is the most favourable to the accused and, as such, appears at first blush to be the correct one. However, in my view, when considered in the context of the legislative scheme and the nature of the expert opinion evidence in question, it becomes clear that straddle evidence, in effect, is simply an attack on the presumption itself and that it cannot constitute evidence "tending to show" that the accused's blood alcohol level did not exceed 80 mg at the material time.

[32] As I stated in my introductory remarks, it cannot be disputed that the presumption is a legal fiction and that a breathalyzer reading that exceeds the legal limit may not be reflective of the *actual* concentration of alcohol in the accused's blood at the time of the offence because it always depends on the rate at which the particular accused is metabolizing the alcohol during the relevant time period on the day in question. Yet the offence is clearly made out. The breathalyzer test provides legal proof that the accused "consumed alcohol in such a quantity" that it put him or her over 80 mg contrary to s. 253 of the *Criminal Code*. The accused cannot rebut the presumption by relying on inherent variations in absorption and elimination rates. Straddle evidence puts the accused in no better position. Evidence that merely confirms that alcohol was consumed in a sufficient quantity to produce a blood alcohol concentration that exceeds the prescribed limit, *whether or not it be within the same range that could be extrapolated from the*

n<sup>o</sup> 3205 (QL). Selon cette approche, la preuve de chevauchement, si elle est acceptée par le tribunal de première instance, suffira pour réfuter la présomption parce qu'elle fournit quelque élément de preuve établissant que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment de l'infraction reprochée. C'est l'approche retenue par le juge de première instance dans la cause de M. Gibson, d'où l'acquittement prononcé à l'issue du procès (en fait, le juge de première instance a conclu que la présomption légale avait été réfutée selon l'approche de l'« orientation dominante » ou celle fondée sur la présence de « quelque élément de preuve »).

[31] L'approche fondée sur la présence de « quelque élément de preuve » est indiscutablement la plus favorable à l'accusé et, pour cette raison, elle semble à première vue être la bonne. Mais lorsqu'on l'envisage dans le contexte du régime législatif et de la nature de la preuve d'expert en question, il est clair à mon avis que la preuve de chevauchement se réduit en fait à une attaque contre la présomption elle-même et ne peut constituer une preuve « tendant à démontrer » que l'alcoolémie de l'accusé au moment des faits reprochés ne dépassait pas 80 mg.

[32] Comme je l'ai indiqué dans mes remarques introductives, il est incontestable que la présomption est une fiction juridique et que l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie supérieure à la limite légale ne correspond pas nécessairement à l'alcoolémie *réelle* de l'accusé au moment de l'infraction, car l'alcoolémie dépend toujours du taux de métabolisation de l'alcool par l'accusé au moment considéré, le jour en question. L'infraction a néanmoins clairement été établie. L'alcootest est un élément de preuve légal permettant d'établir que l'accusé « a consommé une quantité d'alcool telle » que son alcoolémie a dépassé 80 mg, en violation de l'art. 253 du *Code criminel*. L'accusé ne peut réfuter la présomption en se fondant sur les variations inhérentes des taux d'absorption et d'élimination. La preuve de chevauchement ne lui est pas davantage utile. La preuve confirmant simplement qu'il a consommé une quantité suffisante d'alcool pour afficher une alcoolémie dépassant la limite prescrite, *qu'elle se situe ou non dans la même fourchette qui pourrait*



*breathalyzer reading*, cannot rebut the presumption under s. 258(1)(d.1). When considered in this sense, straddle evidence, in effect, is tantamount to arguing, for example, that the accused should not be convicted because he or she only drank a sufficient quantity of alcohol to reach a 90-mg concentration rather than a 95-mg concentration as recorded by the breathalyzer. Parliament, by creating this offence, clearly regarded driving with this level of consumption as posing sufficient risk to warrant criminalization. To hold otherwise would be to defeat the presumption itself and it cannot be allowed.

#### 4. Disposition

[33] Therefore, in each case before the Court, the expert opinion evidence, in placing the accused's blood alcohol concentration both above and below the legal limit at the time of driving depending on the accused's actual rate of absorption and elimination on the day in question, did no more than confirm that the accused fell within the category of drivers targeted by Parliament and did *not* rebut the statutory presumption under s. 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*. Consequently, I would dismiss Mr. Gibson's appeal and confirm the order for a new trial. I would also dismiss Mr. MacDonald's appeal and uphold his conviction.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. were delivered by

[34] LEBEL J. — These appeals raise the question of what constitutes evidence to the contrary for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. That provision states that, absent evidence to the contrary, a breathalyzer reading over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood is proof that the accused had a blood alcohol content exceeding 80 mg at the time of the offence. This Court has been asked to decide in particular whether the presumption can be rebutted using expert evidence of alcohol elimination rates in the general population and “straddle

*être extrapolée à partir du résultat de l'alcootest*, ne permet pas de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)d.1). Envisagée sous cet angle, la preuve de chevauchement équivaut en fait à soutenir, par exemple, que l'accusé ne devrait pas être déclaré coupable parce qu'il a seulement bu une quantité d'alcool suffisante pour atteindre une alcoolémie de 90 mg plutôt que l'alcoolémie de 95 mg indiquée par l'alcootest. Le législateur, en créant cette infraction, a manifestement considéré que la conduite avec ce niveau de consommation posait un risque suffisant pour être érigée en infraction criminelle. Une conclusion contraire priverait de tout effet la présomption elle-même, ce qu'on ne saurait permettre.

#### 4. Dispositif

[33] Par conséquent, dans chacune des causes dont la Cour est saisie, la preuve d'expert, en situant à la fois au-dessus et en dessous de la limite légale l'alcoolémie de l'accusé lorsqu'il était au volant, selon ses taux réels d'absorption et d'élimination de l'alcool le jour en question, ne fait que confirmer que l'accusé faisait partie de la catégorie des conducteurs visés par le législateur et *ne permet pas* de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)d.1) du *Code criminel*. Par conséquent, je rejette le pourvoi de M. Gibson et je confirme l'ordonnance relative à la tenue d'un nouveau procès. Je rejette également le pourvoi de M. MacDonald et je confirme la déclaration de culpabilité prononcée contre lui.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel et Fish rendus par

[34] LE JUGE LEBEL — La Cour doit déterminer ce qui constitue une preuve contraire pour la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Selon cette disposition, l'indication par l'alcootest d'une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, d'une alcoolémie dépassant 80 mg au moment de l'infraction. La Cour doit plus précisément décider si une preuve d'expert concernant les taux d'élimination de l'alcool observés dans la population générale et la preuve relative à

evidence”, or evidence of a range of possible blood alcohol levels lying both below and above the legal limit. For the reasons that follow, both expert evidence of alcohol elimination rates in the general population and straddle evidence can be relevant and are therefore not inherently inadmissible for the purpose of rebutting the presumption in question. However, the probative value of such evidence will often be so low, as is the case in these two appeals, that it is not sufficient to rebut the presumption in s. 258(1)(d.1). Both appeals are dismissed on this basis.

### I. Facts and Judgments Below

#### A. *Gibson*

[35] Mr. Gibson was charged with operating a vehicle while having over 80 mg, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*. At trial in the Nova Scotia Provincial Court, the arresting officer testified that he saw Mr. Gibson driving his all-terrain vehicle on the highway, that he stopped him at 8:59 p.m. on July 13, 2003, that Mr. Gibson’s breath smelled of alcohol, and that his speech was slurred. The officer administered two breathalyzer tests, which indicated that Mr. Gibson’s blood alcohol content was 120 mg at 10:12 p.m. and 100 mg at 10:21 p.m.

[36] Mr. Gibson testified that he had consumed ten beers over a period of seven hours on the day in question and had consumed five of them shortly before being stopped by the police. His testimony was corroborated by another witness. An expert witness for the defence testified that, assuming that the pattern of consumption attested to by Mr. Gibson and the corroborating witness was accurate and based on the average alcohol elimination rates of men of Mr. Gibson’s age, height and weight, Mr. Gibson would have had a blood alcohol content of between 40 and 105 mg at 8:59 p.m., when he was stopped by the police.

[37] The trial judge accepted both the evidence of Mr. Gibson’s consumption and the expert evidence. He held that the evidence that Mr. Gibson’s blood

une fourchette alcoolémique chevauchant la limite légale (la « preuve de chevauchement ») permettent de réfuter cette présomption. Pour les motifs exposés ci-après, ces deux éléments de preuve peuvent se révéler pertinents et ne sont donc pas en soi inadmissibles pour la réfutation de la présomption en question. Mais ils ont souvent si peu de force probante, comme dans les deux présents pourvois, qu’ils ne permettent pas de réfuter la présomption établie par l’al. 258(1)d.1). Les deux pourvois sont par conséquent rejetés.

### I. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

#### A. *Gibson*

[35] M. Gibson a été accusé d’avoir, en violation de l’al. 253b) du *Code criminel*, conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à 80 mg. À son procès devant la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, l’agent qui a procédé à son arrestation a témoigné qu’il l’avait vu sur l’autoroute au volant de son véhicule tout-terrain, qu’il l’avait arrêté à 20 h 59 le 13 juillet 2003, que son haleine dégageait une odeur d’alcool et qu’il n’arrivait pas à articuler. L’agent lui a fait subir deux alcootests, qui ont indiqué un taux de 120 mg à 22 h 12 et de 100 mg à 22 h 21.

[36] M. Gibson a témoigné avoir consommé dix bières sur une période de sept heures cette journée-là, dont cinq peu avant son interpellation par la police. Un autre témoin a corroboré son témoignage. Un témoin expert cité par la défense a déclaré que, à supposer que le mode de consommation soit celui attesté par M. Gibson et que la déclaration du témoin se révèle exacte, l’alcoolémie de M. Gibson, établie en fonction des taux moyens d’élimination de l’alcool chez des hommes du même âge, de la même taille et du même poids que lui, se serait située entre 40 et 105 mg à 20 h 59, au moment de son interpellation par la police.

[37] Le juge de première instance a accepté à la fois la preuve relative à la consommation de M. Gibson et la preuve d’expert. Il a conclu que la

alcohol content would have been between 40 and 105 mg at the time he last operated the vehicle was evidence to the contrary that rebutted the presumption in s. 258(1)(d.1). The trial judge was left with a reasonable doubt that Mr. Gibson's blood alcohol content had exceeded the legal limit, and acquitted him ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40).

[38] The Nova Scotia Supreme Court upheld the acquittal despite the Crown's submission that expert evidence based on elimination rates in the general population could not constitute evidence to the contrary ((2004), 227 N.S.R. (2d) 165, 2004 NSSC 228). The court held that, since it is practically impossible for an accused to accurately determine his or her elimination rate at the time of the alleged offence, to reject evidence of elimination rates in the general population would amount to making the presumption in s. 258(1)(d.1) an irrebuttable one, which could lead to false convictions.

[39] The Nova Scotia Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial ((2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 2006 NSCA 51). It cited this Court's decision in *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, 2005 SCC 72, for the proposition that an expert opinion based on average tendencies of the population is without foundation and thus inadmissible. Therefore, the Court of Appeal held that the Nova Scotia Supreme Court had erred in finding that evidence of a hypothetical person's elimination rates was capable of rebutting the presumption in s. 258(1)(d.1).

#### B. *MacDonald*

[40] Like Mr. Gibson, Mr. MacDonald was charged with operating a vehicle while his blood alcohol concentration exceeded 80 mg, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*. On February 26, 2003, he was stopped at a check stop, where a police officer

preuve selon laquelle l'alcoolémie de M. Gibson se serait située entre 40 et 105 mg la dernière fois qu'il a conduit le véhicule constituait une preuve contraire qui neutralisait la présomption établie par l'al. 258(1)d.1). Conservant un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'alcoolémie de M. Gibson dépassait la limite légale, le juge a prononcé l'acquittement ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40).

[38] La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a confirmé l'acquittement, malgré la thèse du ministère public selon laquelle la preuve d'expert fondée sur les taux d'élimination dans la population générale ne pouvait constituer une preuve contraire ((2004), 227 N.S.R. (2d) 165, 2004 NSSC 228). Elle a estimé que, comme il est pratiquement impossible pour un accusé de déterminer avec exactitude son taux d'élimination au moment de l'infraction reprochée, le fait de rejeter la preuve relative aux taux d'élimination dans la population générale reviendrait à transformer la présomption établie à l'al. 258(1)d.1) en une présomption irréfutable, ce qui risquerait de donner lieu à des condamnations erronées.

[39] La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel, annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès ((2006), 243 N.S.R. (2d) 325, 2006 NSCA 51). Elle s'est appuyée sur l'arrêt *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, 2005 CSC 72, pour conclure qu'une preuve d'expert fondée sur des tendances moyennes observées dans la population demeure sans fondement et, par conséquent, inadmissible. Elle a donc jugé que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse avait eu tort de statuer que la preuve des taux d'élimination d'une personne hypothétique pouvait contrer la présomption établie par l'al. 258(1)d.1).

#### B. *MacDonald*

[40] Comme M. Gibson, M. MacDonald a été accusé d'avoir, en violation de l'al. 253b) du *Code criminel*, conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à 80 mg. Le 26 février 2003, il a été arrêté à un point de contrôle, où un agent de police a

noted that Mr. MacDonald smelled of alcohol, was talking in a deliberate manner and had some difficulty in walking. Two breath tests produced identical readings of 146 mg, which were rounded down to 140 mg for purposes of the charge.

[41] Mr. MacDonald testified that he had consumed six cans of beer over four and a half hours and had consumed the last can five minutes before being stopped by the police. A friend corroborated this evidence.

[42] At trial, Mr. MacDonald adduced expert evidence that, according to a test conducted several months after he was charged, his elimination rate was 18.5 mg per hour and that, assuming he had eliminated alcohol at the same rate on the night of the alleged offence, his blood alcohol content would have been 71 mg — below the legal limit — at the relevant time. In testing Mr. MacDonald's elimination rate, the expert did not attempt to recreate the conditions on the night Mr. MacDonald was charged as regards the type and pattern of alcohol consumption and the amount of food consumed. Instead, the expert had Mr. MacDonald drink a mix of Diet Seven-Up and vodka over a period of five minutes until he reached a target range of between 50 and 60 mg. The expert then plotted Mr. MacDonald's blood alcohol readings on a chart. In addition to testifying that Mr. MacDonald's blood alcohol content would have been 71 mg, the expert stated that a man of Mr. MacDonald's age, height and weight who eliminated alcohol at an average rate would have had a blood alcohol content of 64 to 109 mg at the relevant time.

[43] The trial judge convicted Mr. MacDonald on the basis that the expert evidence did not tend to show that his blood alcohol content had not exceeded 80 mg (2003 CarswellAlta 1986). In his opinion, Mr. MacDonald's alcohol elimination rate according to the expert's test did not raise a reasonable doubt, because it did not reflect the type of alcohol or the amount of food consumed, and the expert had testified that these factors would influence a person's elimination rate. The trial judge also noted that, based on elimination rates in the

remarqué qu'il sentait l'alcool, qu'il s'exprimait avec lenteur et que sa démarche était un peu hésitante. Les résultats de deux alcootests révèlent un taux de 146 mg, arrondi à 140 mg pour l'inculpation.

[41] M. MacDonald a témoigné avoir bu six canettes de bière sur une période de quatre heures et demie — la dernière ayant été consommée cinq minutes avant son interpellation par la police. Un ami a corroboré ce témoignage.

[42] Au procès, M. MacDonald a présenté une preuve d'expert indiquant que son taux d'élimination, d'après des tests effectués plusieurs mois après l'inculpation, s'établissait à 18,5 mg par heure. Si tel était son taux d'élimination la nuit de l'infraction reprochée, son alcoolémie aurait été, selon le témoignage de l'expert, de 71 mg — inférieure à la limite légale — au moment pertinent. Lorsqu'il a mesuré le taux d'élimination de M. MacDonald, l'expert n'a pas tenté de recréer les conditions qui existaient la nuit où celui-ci a été inculpé, en ce qui a trait au type d'alcool, au mode de consommation d'alcool et à la quantité de nourriture consommée. Il a plutôt fait boire à M. MacDonald un mélange de Seven-Up diète et de vodka pendant cinq minutes jusqu'à l'atteinte d'une cible se situant entre 50 et 60 mg. Il a ensuite reporté sur un graphique les mesures de l'alcoolémie de M. MacDonald. En plus de déclarer devant le tribunal que l'alcoolémie de M. MacDonald se serait établie à 71 mg, l'expert a précisé que celle d'un homme de l'âge, de la taille et du poids de M. MacDonald ayant un taux moyen d'élimination se serait située entre 64 et 109 mg au moment pertinent.

[43] Le juge de première instance a déclaré M. MacDonald coupable, parce que la preuve d'expert ne tendait pas à démontrer que son alcoolémie ne dépassait pas 80 mg (2003 CarswellAlta 1986). À son avis, le taux d'élimination de M. MacDonald, d'après les tests effectués par l'expert, ne soulevait pas un doute raisonnable, car il ne prenait pas en compte le type d'alcool bu ou la quantité de nourriture consommée, alors que selon le témoignage de l'expert ces éléments influent sur le taux d'élimination. Le juge du procès a également souligné

general population, the midpoint of the range of blood alcohol levels was 86.5 mg, which is over the legal limit.

[44] The Alberta Court of Queen’s Bench upheld the conviction for the reason that the “straddle evidence” — that is, evidence of a range of possible blood alcohol levels lying both below and above the legal limit — was speculative and was not probative of Mr. MacDonald’s blood alcohol content at the time of the offence ((2004), 47 Alta. L.R. (4th) 242, 2004 ABQB 629). The court added that to rebut the presumptions in s. 258(1)(c), (d.1) and (g), an accused must adduce evidence that would “eliminate a scenario whereby the accused’s blood-alcohol level is over 80 [mg] at the time of driving” (para. 37).

[45] The Alberta Court of Appeal agreed, relying in part on *Boucher*. It stated that evidence of blood alcohol content that disregards the personal characteristics of the accused at the time of the alleged offence constitutes an attack on the fictional nature of the presumption and is inadmissible. It therefore also rejected the use of average elimination rates and of straddle evidence — at least to the extent that straddle evidence is based on elimination rates in the general population ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 177).

## II. Analysis

[46] The first issue on these appeals is the admissibility of expert evidence of alcohol elimination rates and the use that can be made of such evidence in rebutting the presumptions in s. 258(1) — and in particular that in s. 258(1)(d.1). The second, related issue concerns whether straddle evidence may constitute evidence to the contrary for the purpose of rebutting those presumptions. In addressing these issues, it will be necessary to review the scheme of s. 258(1), the principles concerning the admissibility and relevance of expert evidence in general, and the nature of the expert evidence in question in these appeals.

que le point milieu de la fourchette alcoolémique établie en fonction des taux d’élimination dans la population générale s’élevait à 86,5 mg, dépassant la limite prévue par la loi.

[44] La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a confirmé la déclaration de culpabilité au motif que la preuve de chevauchement était de nature conjecturale et n’établissait pas l’alcoolémie de M. MacDonald au moment de l’infraction ((2004), 47 Alta. L.R. (4th) 242, 2004 ABQB 629). Elle a aussi conclu que, pour réfuter les présomptions établies par les al. 258(1)c), d.1) et g), l’accusé doit présenter une preuve qui [TRADUCTION] « écarte tout scénario où l’alcoolémie de l’accusé au moment où il conduisait se trouvait supérieure à 80 mg » (par. 37).

[45] La Cour d’appel de l’Alberta, se fondant en partie sur *Boucher*, partage cette conclusion. Elle a déclaré qu’une preuve de l’alcoolémie qui ne prend pas en compte les caractéristiques personnelles de l’accusé au moment de l’infraction reprochée porte atteinte à la nature fictive de la présomption et demeure inadmissible. Elle a en conséquence rejeté également l’utilisation de taux moyens d’élimination et de la preuve de chevauchement — du moins dans la mesure où celle-ci est fondée sur les taux d’élimination dans la population générale ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 177).

## II. Analyse

[46] La première question à trancher dans les présents pourvois concerne l’admissibilité d’une preuve d’expert relative aux taux d’élimination et son utilisation possible pour la réfutation des présomptions établies par le par. 258(1) — en particulier l’al. 258(1)d.1). La seconde consiste à savoir si la preuve de chevauchement peut constituer une preuve contraire pour la réfutation de ces présomptions. Pour répondre à ces questions, il faudra examiner le régime législatif instauré par le par. 258(1), les principes régissant l’admissibilité et la pertinence de la preuve d’expert en général, ainsi que la nature de la preuve d’expert en cause dans les présents pourvois.

A. *Scheme of Section 258(1)*(1) Presumptions

[47] In combatting the serious problem of drinking and driving in Canada, the Crown benefits from evidentiary presumptions of accuracy and identity when prosecuting the offences provided for in s. 253 of the *Criminal Code* (operating a motor vehicle while impaired or with a blood alcohol content over 80 mg). These presumptions are set out in s. 258(1)(c), (d.1) and (g) of the *Criminal Code*. Deschamps J. explained the nature of the presumptions in *Boucher*:

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. [para. 14]

I will now add a few comments on the purpose and effect of the presumptions.

[48] Under s. 258(1)(g), blood alcohol tests are presumed to be accurate, provided that certain procedures are followed. This presumption, as well as the presumption established under s. 258(1)(c), was adopted by Parliament after a review of the scientific evidence then available about the reliability of the tests and their fairness to the accused (*R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (Ont. C.A.), at pp. 159-63). It is known as the presumption of accuracy.

A. *Le régime législatif instauré par le par. 258(1)*(1) Les présomptions

[47] Dans la lutte contre le problème grave de l'alcool au volant au Canada, le ministère public bénéficie, en matière de preuve, de présomptions d'exactitude et d'identité dans les poursuites relatives aux infractions prévues à l'art. 253 du *Code criminel* (conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies ou avec une alcoolémie supérieure à 80 mg). Ces présomptions sont énoncées aux al. 258(1)(c), (d.1) et (g) du *Code criminel*. La juge Deschamps a expliqué la nature de ces présomptions dans *Boucher* :

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. [par. 14]

J'ajouterai maintenant quelques observations à propos de l'objet et de l'effet de ces présomptions.

[48] Selon l'alinéa 258(1)(g), les alcootests sont présumés exacts, sous réserve que certaines méthodes soient suivies. Le Parlement a adopté cette présomption et celle établie par l'al. 258(1)(c) après examen de preuves scientifiques alors disponibles sur la fiabilité des tests et leur équité à l'égard de l'accusé (*R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Ont.), p. 159-163). C'est pourquoi on parle de présomption d'exactitude. Même s'il n'est pas question de preuve

Although the text of the provision does not mention evidence to the contrary, s. 25 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, states that when a document is presumed to establish a fact, the presumption applies only “in the absence of any evidence to the contrary”. The presumption is therefore rebuttable, but s. 258(1)(g) is silent as to whether evidence of mere inaccuracy can rebut it. It is now well settled that inaccuracy is not sufficient (see *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, at para. 48). Rather, evidence to the contrary must tend to show that the blood alcohol content of the accused did not exceed the legal limit at the time of the breathalyzer test. Otherwise, one is only challenging the presumption itself without providing any exculpatory evidence.

[49] Under s. 258(1)(c), the blood alcohol content of the accused while he or she was driving is presumed to have been the same as at the time a blood alcohol test was administered, provided that certain procedures were followed and “in the absence of evidence to the contrary”. This is often referred to as the presumption of (temporal) identity. Like s. 258(1)(g), s. 258(1)(c) does not specify whether rebutting the presumption requires evidence that the accused was not over the legal limit or whether evidence of mere difference over time will suffice. In *St. Pierre*, a majority of this Court held that evidence of any difference other than one based only on normal absorption and elimination might constitute evidence to the contrary for the purpose of rebutting s. 258(1)(c).

[50] Shortly after this Court’s decision in *St. Pierre*, Parliament enacted s. 258(1)(d.1), which establishes the presumption that, in the absence of evidence tending to show that the accused had a blood alcohol content of 80 mg or less while driving, a blood alcohol analysis indicating a result of over 80 mg is proof that the accused had a blood alcohol content of over 80 mg while driving. The presumption provided for in s. 258(1)(d.1) has been referred to as an “additional” presumption of identity, but its effect is not simply to resolve the concerns raised in *St. Pierre* (although it does do that, as Deschamps J. noted in *Boucher*). Rather, it applies regardless of whether the accused is challenging the accuracy of the blood alcohol test or the presumption of identity.

contraire dans le texte de cette disposition, l’art. 25 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, précise que, lorsqu’un document est présumé établir un fait, cette présomption s’applique seulement « sauf preuve contraire ». La présomption établie par l’al. 258(1)(g) est donc réfutable, mais la disposition ne précise pas si la preuve d’une simple inexactitude peut réfuter la présomption. Il est maintenant bien établi qu’une inexactitude ne suffit pas (voir *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, par. 48). La preuve contraire doit plutôt tendre à démontrer que l’alcoolémie de l’accusé ne dépassait pas la limite légale au moment de l’alcootest. Sinon, on se trouve à seulement contester la présomption elle-même sans fournir de preuve disculpatoire.

[49] L’alinéa 258(1)(c) dispose que l’alcoolémie au volant est présumée identique à l’alcoolémie au moment de l’alcootest, pourvu que certaines méthodes aient été suivies et « en l’absence de toute preuve contraire ». On parle souvent, dans ce cas, de présomption d’identité (temporelle). Comme celui de l’al. 258(1)(g), le texte de l’al. 258(1)(c) ne précise pas si, pour réfuter la présomption, il faut prouver que son alcoolémie ne dépassait pas la limite légale, ou si la preuve d’une simple différence observée dans le temps suffit. Dans *St. Pierre*, la Cour, à la majorité, a conclu que la preuve d’une différence, quelle qu’elle soit — sauf si elle est due uniquement à l’absorption et à l’élimination normales —, pouvait constituer une preuve contraire pour la réfutation de l’al. 258(1)(c).

[50] Peu après l’arrêt *St. Pierre*, le Parlement a adopté l’al. 258(1)(d.1), qui établit la présomption selon laquelle, en l’absence de preuve tendant à indiquer une alcoolémie au volant égale ou inférieure à 80 mg, une analyse indiquant une alcoolémie supérieure à 80 mg fait foi d’une alcoolémie au volant supérieure à 80 mg. La présomption établie par l’al. 258(1)(d.1) a été qualifiée de présomption « additionnelle » d’identité, mais elle n’a pas simplement pour effet de dissiper la tension exprimée dans *St. Pierre* (même s’il a également eu cet effet, comme le signale la juge Deschamps dans *Boucher*), car il s’applique peu importe que l’accusé conteste l’exactitude de l’alcootest ou la présomption d’identité. Cela tient au fait que l’al. 258(1)(d.1) s’applique

This is because s. 258(1)(d.1) applies even if the requirements of s. 258(1)(g) are met. For example, let us consider the case of an accused who rebuts the presumption of accuracy in s. 258(1)(g) with evidence both that his or her blood alcohol content at the time of the breathalyzer test was different than that indicated by the machine (as required by s. 258(1)(g)) and that it did not exceed the legal limit *at the time of testing* (as required by the common law). In such a situation, s. 258(1)(d.1) will nevertheless apply, which means that the accused must also prove that his or her blood alcohol content did not exceed the legal limit *at the time of the alleged offence* in order to rebut the presumption. The Alberta Court of Queen's Bench therefore correctly held, at para. 15 of its reasons in *MacDonald*, that “there is now no significant difference as to what must be adduced or pointed to in respect to the two presumptions”. Thus, in the present appeals, although Mr. Gibson was primarily challenging the presumption of identity and Mr. MacDonald was challenging the presumption of accuracy, they both had to adduce evidence that their blood alcohol levels did not exceed the legal limit while they were driving in order to rebut the presumption in s. 258(1)(d.1). The distinction between the presumptions of accuracy and identity continues to exist in theory, but has lost much of its importance in practice.

(2) Meaning of Evidence to the Contrary in Section 258(1)(d.1)

[51] Section 258(1)(d.1) presents a significant hurdle for an accused, but the presumption it provides for is not absolute, nor could it be without threatening the presumption of innocence. It creates a legal fiction, but not an absolute one. The presumption in s. 258(1)(d.1) can still be rebutted by adducing “evidence tending to show that the concentration of alcohol in the blood of the accused . . . did not exceed eighty milligrams” at the time the offence was allegedly committed. In *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (Que. C.A.), at p. 92, Fish J.A. (as he then was) put the matter this way:

. . . s. 258(1)(c) of the *Code* does not impose an “ultimate” or “persuasive” burden of proof on the accused.

même si les exigences de l'al. 258(1)g) sont remplies. Par exemple, supposons que l'accusé réfute la présomption d'exactitude établie à l'al. 258(1)g) en prouvant que son alcoolémie au moment de l'alcoo-test était différente de celle indiquée par l'appareil (comme l'exige l'al. 258(1)g)) et qu'elle ne dépassait pas la limite légale *au moment des tests* (comme l'exige la common law). Dans une telle situation, l'al. 258(1)d.1) s'applique néanmoins; de ce fait, l'accusé doit, pour réfuter la présomption, aussi prouver que son alcoolémie ne dépassait pas la limite légale *au moment de l'infraction reprochée*. C'est donc à bon droit que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu, au par. 15 de ses motifs dans *MacDonald*, [TRADUCTION] qu'« il n'existe maintenant pas de véritable différence quant aux éléments qu'il faut présenter ou dont il faut faire état en ce qui a trait aux deux présomptions ». Ainsi, dans les présents pourvois, même si M. Gibson conteste essentiellement la présomption d'identité et que M. MacDonald conteste la présomption d'exactitude, ils doivent tous deux prouver que leur alcoolémie au volant ne dépassait pas la limite légale pour pouvoir réfuter la présomption prévue à l'al. 258(1)d.1). La distinction entre ces deux présomptions demeure en théorie, mais souvent elle perd beaucoup de son importance en pratique.

(2) Le sens de preuve contraire à l'al. 258(1)d.1)

[51] L'alinéa 258(1)d.1) constitue un obstacle important pour l'accusé, mais la présomption qu'il établit n'est pas absolue; elle ne pourrait d'ailleurs pas l'être sans que la présomption d'innocence s'en trouve menacée. Cette disposition crée une fiction juridique, qui n'est pas absolue, car elle peut toujours être réfutée par une « preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé [. . .] ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes » au moment où l'infraction aurait été commise. Dans *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (C.A. Qué.), p. 92, le juge Fish (maintenant juge de notre Cour) a ainsi présenté la question :

[TRADUCTION] . . . l'al. 258(1)c) du *Code* n'impose pas à l'accusé la « charge ultime » ou la « charge de



The “evidence to the contrary” to which it refers must *tend to show* — but it need not *prove* — that the blood-alcohol level of the accused did not exceed the statutory limit at the relevant time. The exculpatory evidence, in other words, must have *probative value*, but it need not be so cogent as to *persuade the court*. [Emphasis in original.]

I agree with these observations.

[52] The appellant MacDonald argues that the difference in wording between “(any) evidence to the contrary”, as in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* and as in s. 25 of the *Interpretation Act*, and “evidence tending to show”, as in s. 258(1)(d.1), suggests a “looser inferential relationship”, such that “evidence tending to show” is broader than “evidence to the contrary”. I do not find this argument convincing. In my view, for the reasons that follow, the difference in wording is not meaningful for the purpose of determining what type of evidence will rebut these presumptions.

[53] This Court confirmed in *Boucher* that evidence to the contrary is evidence that is capable of raising a reasonable doubt as to the presumed fact, and that this standard applies to s. 258(1)(c), (d.1) and (g). Thus, in Deschamps J.’s opinion, the enactment of s. 258(1)(d.1) did not change the type of evidence required to rebut the presumption of identity, but reinforced that presumption (para. 22). This conclusion is supported by the fact that the expression “tending to show” has been used by the courts for decades in the context of evidence to the contrary (see, for example, *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525). The reason for the difference in wording is most likely related not to an intent to broaden the scope of evidence to the contrary, but to a structural requirement, as Carthy J.A. suggested in *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542 (Ont. C.A.), at para. 6:

There was a semantic requirement of the restructured sentence which is now directed to the blood-alcohol level at the time of the offence rather than, as previously, the reading at the time of testing. It is no longer a question of being “contrary” to the test.

persuasion ». La « preuve contraire » dont il est question dans cette disposition doit *tendre à démontrer* — mais non à *prouver* — que l’alcoolémie de l’accusé ne dépassait pas la limite légale au moment pertinent. Autrement dit, la preuve disculpatoire doit avoir une *force probante*, mais elle n’a pas besoin d’être convaincante au point de *persuader le tribunal*. [En italique dans l’original.]

Je souscris à ces observations.

[52] L’appelant MacDonald fait valoir que la différence de formulation — « preuve contraire » à l’al. 258(1)c) du *Code criminel* et à l’art. 25 de la *Loi d’interprétation* et « preuve tendant à démontrer » à l’al. 258(1)d.1) — témoigne d’une [TRADUCTION] « relation d’inférence plus faible », l’expression « preuve tendant à démontrer » ayant une portée plus large que « preuve contraire ». Cet argument ne me convainc pas. Pour les raisons exposées ci-dessous, la différence dans la formulation n’est en fait pas significative pour la détermination du type de preuve permettant de réfuter les présomptions en question.

[53] La Cour a confirmé dans *Boucher* qu’une preuve contraire est une preuve capable de susciter un doute raisonnable quant au fait présumé et que cette norme s’applique aux al. 258(1)c), (d.1) et g). Ainsi, selon la juge Deschamps, l’adoption de l’al. 258(1)d.1) n’a rien changé au type de preuve nécessaire pour réfuter la présomption d’identité, mais a renforcé cette présomption (par. 22). Cette conclusion trouve appui dans le fait que les tribunaux utilisent l’expression « tendant à démontrer » depuis des décennies dans le contexte de la preuve contraire (voir, par exemple, *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525). La raison la plus probable de la différence de formulation n’est pas une intention d’élargir la portée de la preuve contraire; il s’agit plutôt d’une raison structurelle, comme l’indique le juge Carthy dans *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542 (C.A. Ont.), par. 6 :

[TRADUCTION] Une exigence de nature sémantique est à l’origine de la restructuration de la phrase, qui vise maintenant l’alcoolémie au moment de l’infraction plutôt que, comme c’était le cas auparavant, la mesure au moment de l’alcooltest. Il ne s’agit plus d’une preuve « contraire » au résultat de l’alcooltest.

[54] The standard for rebutting the presumptions in s. 258(1)(c), (d.1) and (g) has always been evidence that could raise a reasonable doubt as to the presumed fact: in the case of s. 258(1)(d.1), the presumed fact is that the accused had a blood alcohol content of over 80 mg while driving. However, this is only a starting point. The parties disagree about what kind of evidence is capable of raising a reasonable doubt. In particular, they differ on whether straddle evidence and expert evidence based on alcohol elimination rates in the general population are capable of raising a reasonable doubt that the accused had a blood alcohol content of over 80 mg. The courts, too, have disagreed on this issue.

[55] As we will see in the following paragraphs, the usual approach to determining admissibility and weight applies to straddle evidence and to evidence based on alcohol elimination rates in the general population. As a result, such evidence is not inherently inadmissible for the purpose of rebutting the presumptions in s. 258(1). However, in the absence of evidence tending to show that the blood alcohol level *of the accused* at the time of the offence was below the legal limit, that evidence will rarely have sufficient probative value to rebut the presumptions.

#### B. *Relevance and Foundation of Expert Evidence*

[56] The approach to determining whether expert evidence is admissible and whether it can be given weight is well settled. This Court held in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, that to be admissible, expert evidence must: (a) be necessary, in that it provides information outside the experience of the trier of fact; (b) be relevant, both in terms of logical relevance and in the sense that its prejudicial effects are outweighed by its probative value; (c) be given by a properly qualified expert; and (d) not be subject to any exclusionary rules.

[54] La norme de réfutation des présomptions établies par les al. 258(1)c), d.1) et g) a toujours consisté dans une preuve pouvant susciter un doute raisonnable quant au fait présumé : dans le cas de l'al. 258(1)d.1), le fait présumé est que l'alcoolémie de l'accusé dépassait 80 mg lorsqu'il était au volant. Cette constatation ne constitue toutefois qu'un point de départ. Les parties sont en désaccord sur le type de preuve capable de susciter un doute raisonnable. Elles ne s'entendent pas, en particulier, sur le point de savoir si la preuve de chevauchement et la preuve d'expert fondée sur les taux d'élimination dans la population générale peuvent susciter un doute raisonnable quant à l'existence d'une alcoolémie supérieure à 80 mg chez l'accusé. Les tribunaux ne s'entendent pas non plus sur cette question.

[55] Comme je l'explique dans les paragraphes qui suivent, la méthode habituellement utilisée pour déterminer l'admissibilité et le poids d'une preuve s'applique à la preuve de chevauchement et à la preuve fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. Par conséquent, de telles preuves ne sont pas en soi inadmissibles pour la réfutation des présomptions établies au par. 258(1). Toutefois, en l'absence de preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie *de l'accusé* au moment de l'infraction se trouvait au-dessous de la limite légale, ces preuves auront rarement la force probante suffisante pour réfuter les présomptions.

#### B. *Pertinence et fondement de la preuve d'expert*

[56] Les critères selon lesquels sont déterminés l'admissibilité d'une preuve d'expert et les cas dans lesquels il est possible de lui attribuer un certain poids sont bien établis. La Cour a décidé dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, que pour être admissible la preuve d'expert doit : a) être nécessaire, en ce sens qu'elle fournit des renseignements qui dépassent l'expérience du juge des faits; b) être pertinente, à la fois sur le plan de la logique et en ce sens que son effet préjudiciable est inférieur à sa force probante; c) être présentée par un expert possédant une qualification suffisante; d) ne contrevenir à aucune règle d'exclusion de la preuve.

[57] The only one of the *Mohan* criteria that is at issue in the present appeals is relevance. In *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641 (C.A.), Charron J.A., as she then was, stated that in conducting the relevance inquiry for expert evidence, it is necessary to begin by asking two questions (at para. 77):

- (a) Does the proposed expert opinion evidence relate to a fact in issue in the trial?
- (b) Is it so related to a fact in issue that it tends to prove it?

If the answer to both these questions is “yes”, the judge must ask whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. If this question is also answered in the affirmative, the expert evidence is considered relevant for the purpose of determining whether it is admissible. Thus, the inquiry into the relevance branch of the test for admissibility is not conducted differently for expert evidence than for non-opinion evidence. Nevertheless, as noted in *Mohan*, this inquiry is of particular significance where the admissibility of expert evidence is in issue, because of the risk that such evidence will be accepted uncritically and given more weight than it deserves.

[58] Relevance is distinct from foundation. Even admissible expert evidence cannot be given any weight without a proper factual foundation: as this Court stated in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, “the facts upon which the opinion is based must be found to exist” (*per* Dickson J., at p. 46). In *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, the Court added that as long as there is some admissible evidence to establish a foundation for it, the expert’s opinion may be accepted. The purpose of the factual foundation requirement is to ensure that expert evidence is reliable. In *Boucher*, for example, the expert’s testimony as to the indicia of impairment that a man of the defendant’s age, height and weight would be expected to exhibit after consuming the amount the defendant claimed to have consumed was without foundation, because the defendant’s

[57] Le seul critère énoncé dans *Mohan* qui se trouve en cause dans les présents pourvois est celui de la pertinence. Dans *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641 (C.A.), la juge Charron (maintenant juge de notre Cour) a précisé que l’examen de la pertinence de la preuve d’expert nécessite qu’on se pose d’abord deux questions (par. 77) :

[TRADUCTION]

- (a) La preuve fondée sur l’opinion d’un expert qui est proposée est-elle reliée à un fait en litige dans le procès?
- (b) Est-elle reliée à un fait en litige au point de tendre à l’établir?

Si la réponse à ces deux questions est affirmative, le juge doit déterminer si la force probante de cet élément de preuve l’emporte sur son effet préjudiciable. Dans le cas où la réponse à cette question est elle aussi affirmative, la preuve d’expert est considérée comme pertinente pour la détermination de son admissibilité. Le volet pertinence du critère d’admissibilité n’est donc pas d’une nature différente pour la preuve d’expert que pour les autres types de preuve. L’examen n’en revêt pas moins, comme il est mentionné dans *Mohan*, une importance spéciale dans le contexte de l’admissibilité de la preuve d’expert, en raison du risque que celle-ci soit acceptée sans réserve et se voie attribuer un plus grand poids qu’elle ne le mérite.

[58] La pertinence se distingue du fondement. Aucun poids ne saurait être accordé à une preuve d’expert, même admissible, en l’absence de fondement factuel valable. En effet, comme la Cour l’a écrit dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, « il faut d’abord conclure à l’existence des faits sur lesquels se fonde l’opinion » (le juge Dickson, p. 46). Dans *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, la Cour a ajouté que, dès lors qu’il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l’opinion de l’expert, celle-ci peut être acceptée. L’exigence d’un fondement factuel vise à garantir la fiabilité de la preuve d’expert. Dans *Boucher*, par exemple, le témoignage de l’expert au sujet des signes d’affaiblissement des facultés auxquels on s’attendrait chez un homme de l’âge, de la taille et du poids du défendeur ayant consommé la quantité

evidence of consumption had been rejected by the trier of fact. Absent credible evidence of consumption, the expert's opinion was based on facts that had been found not to exist and was therefore entitled to no weight.

[59] Where expert evidence is adduced to rebut the presumption in s. 258(1)(d.1), the courts have sometimes confused the principle of relevance with the requirement that expert evidence have a factual foundation. I will now consider how these principles apply to expert evidence of alcohol elimination rates and to straddle evidence.

C. *Expert Evidence of Alcohol Elimination Rates and Blood Alcohol Content*

(1) Evidence in Respect of the General Population

[60] There has been disagreement among the courts regarding the relevance of and foundation for expert evidence of alcohol elimination rates in the general population adduced to rebut the presumptions in s. 258(1) of the *Criminal Code*. In *MacDonald*, the Alberta Court of Appeal held that such evidence is irrelevant and therefore inadmissible. In *Gibson*, the Nova Scotia Court of Appeal held that the evidence of elimination rates in the general population was without foundation and therefore not entitled to any weight. In contrast, the Quebec Court of Appeal, in *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL), and the Saskatchewan Court of Appeal, in *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 — as well as the Nova Scotia Provincial Court and the Nova Scotia Supreme Court in *Gibson* — found that the expert evidence was admissible and that it was capable of rebutting the presumption.

[61] In both cases at bar, the respondent submits that the expert evidence of alcohol elimination rates in the general population is without foundation and

d'alcool que celui-ci avait témoigné avoir consommée était sans fondement, parce que le juge des faits avait rejeté le témoignage du défendeur quant à sa consommation. Sans une preuve de consommation crédible, l'opinion de l'expert reposait sur des faits dont l'existence n'avait pas été reconnue et on ne pouvait donc lui accorder aucun poids.

[59] Dans le contexte d'une preuve d'expert présentée en réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)d.1), les tribunaux ont parfois confondu les principes de la pertinence et la nécessité d'un fondement factuel pour la preuve d'expert. Dans la section qui suit, j'examinerai ces principes sous l'angle de leur application à la preuve d'expert relative aux taux d'élimination et à la preuve de chevauchement.

C. *Preuve d'expert relative aux taux d'élimination de l'alcool et à l'alcoolémie*

(1) Preuve relative à la population générale

[60] Plusieurs tribunaux ont exprimé des avis divergents sur la pertinence et le fondement de la preuve d'expert relative aux taux d'élimination dans la population générale qui est présentée en réfutation des présomptions établies par le par. 258(1) du *Code criminel*. Selon l'arrêt *MacDonald* de la Cour d'appel de l'Alberta, une telle preuve n'est pas pertinente et reste, par conséquent, inadmissible. Dans *Gibson*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que la preuve des taux d'élimination dans la population générale ne reposait sur aucun fondement et qu'on ne pouvait donc lui accorder aucun poids. En revanche, la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Déry*, [2001] J.Q. n° 3205 (QL), et la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 — ainsi que la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse et la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans *Gibson* — ont jugé la preuve d'expert admissible et capable de réfuter la présomption.

[61] Dans les deux présentes affaires, l'intimée soutient que la preuve d'expert relative aux taux d'élimination dans la population générale est sans

can therefore be given no weight. I disagree. It is important to bear in mind what the expert evidence consists of in these appeals. The experts testified as to what the blood alcohol content of a person of each appellant's age, sex, height and weight would have been, assuming that he eliminated alcohol at a rate within the range observed in members of the general population, and based on the consumption pattern to which the appellant testified. The foundation for the evidence includes: the range of possible elimination rates, of members of the population as a whole; the fact that the appellant is a member of the population of a particular height and weight; and the appellant's evidence of consumption. Thus, the expert evidence was not without foundation in the cases at bar.

[62] These appeals are therefore distinguishable from *Boucher*, where there was no credible evidence of consumption on which to base the expert opinion on blood alcohol content. It is clear from *Boucher*, *Dubois* and *Proudlock* that if the evidence of consumption is not credible, the presumptions in s. 258(1) cannot be rebutted. However, the evidence of consumption was accepted in *Gibson* and was at least not explicitly rejected in *MacDonald*.

[63] The issue relating to evidence of rates in the general population is therefore not whether such evidence is reliable (which evidence without a factual foundation may not be), but whether it is relevant for the purpose of establishing the blood alcohol content of the accused. In light of the principles discussed above for determining whether evidence is admissible, expert evidence that the blood alcohol content of someone of the age, sex, height and weight of the accused would fall in a particular range is relevant for the purpose of rebutting the presumptions in s. 258(1) of the *Criminal Code*.

[64] The following example is illustrative: if an expert testifies that every person of the sex, age,

fondement et qu'on ne saurait donc lui attribuer aucun poids. Je ne suis pas de cet avis. Il importe de se rappeler en quoi consiste la preuve d'expert dans les présents pourvois. Le témoignage des experts a porté sur ce qu'aurait pu être l'alcoolémie d'une personne de l'âge, du sexe, de la taille et du poids de chaque appelant, si l'on tenait pour acquis que son taux d'élimination se situe dans une fourchette observée dans la population générale et si l'on tenait compte du mode de consommation que l'appelant a indiqué dans son témoignage. Le fondement de la preuve réside dans les éléments suivants : la fourchette des taux d'élimination possibles chez des membres de l'ensemble de la population; le fait que l'appelant fait partie de la population d'une taille et d'un poids donnés; le témoignage de l'appelant quant à sa consommation. Ainsi, la preuve d'expert n'était pas sans fondement dans les présentes affaires.

[62] Par conséquent, les présents pourvois se distinguent de l'affaire *Boucher*, dans laquelle il n'existait aucune preuve relative à la consommation jugée crédible sur laquelle pouvait se fonder l'opinion de l'expert à l'égard de l'alcoolémie. Il ressort clairement de *Boucher*, de *Dubois* et de *Proudlock* que, si la preuve concernant la consommation n'est pas crédible, les présomptions établies par le par. 258(1) ne peuvent être réfutées. Mais dans *Gibson*, la preuve relative à la consommation a été acceptée et dans *MacDonald*, elle n'a pas été rejetée, du moins pas d'une manière explicite.

[63] En ce qui concerne la preuve relative aux taux dans la population générale, il ne s'agit donc pas de savoir si une telle preuve est digne de foi (il est possible qu'une preuve sans fondement factuel ne le soit pas), mais bien de savoir si elle est pertinente pour établir l'alcoolémie de l'accusé. D'après les principes d'admissibilité de la preuve examinés ci-dessus, la preuve d'expert selon laquelle l'alcoolémie d'une personne dont l'âge, le sexe, la taille et le poids correspondent à ceux de l'accusé se situerait dans une fourchette donnée est pertinente pour la réfutation des présomptions établies par le par. 258(1) du *Code criminel*.

[64] Voici un exemple à titre d'illustration : si un expert témoigne que toute personne du sexe,

height and weight of the accused would, on consuming the amount in question, have a blood alcohol content below the legal limit, this is clearly relevant for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(d.1). That is, such evidence is logically relevant to the defence's claim that the blood alcohol content of the accused was not, in fact, over 80 mg at the relevant time. Furthermore, the requirement for the exclusion of defence evidence according to *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 609-11 — that the prejudicial effect of admitting the evidence, such as the consumption of additional court resources, substantially outweighs its probative value — will rarely be met in such a case. If the expert testifies that most people would have been below the legal limit or even that some people would have been below the limit, the evidence does not become irrelevant but will, rather, be less probative. Thus, expert evidence based on alcohol elimination rates in the general population is not inherently irrelevant and is therefore not inherently inadmissible for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(d.1).

[65] This Court's pronouncements in *Boucher* on evidence of rates in the general population are not inconsistent with the relevance and admissibility of such evidence, although that case has sometimes been interpreted as standing for the proposition that evidence of "statistical averages" is not admissible for the purpose of rebutting the presumptions in s. 258(1). The Court's rejection of "average figures" in para. 31 of *Boucher* was limited to a context in which evidence of consumption is disbelieved. In fact, that paragraph suggests that if a judge did believe the evidence of consumption adduced by the accused, the expert evidence would be relevant and admissible.

[66] At para. 34 of *Boucher*, the Court again rejected "statistical averages" as irrelevant, relying in part on the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279. However, this rejection was limited to a context in which blood alcohol content is established on the basis of indicia of impairment. Such indicia are insufficient as evidence of blood alcohol content where,

de l'âge, de la taille et du poids de l'accusé ayant consommé la quantité d'alcool en question aurait une alcoolémie inférieure à la limite légale, ce témoignage est sans conteste pertinent pour réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)d.1). Ainsi, une telle preuve est logiquement pertinente pour l'argument de la défense selon lequel l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas, en fait, 80 mg au moment pertinent. Par ailleurs, il arrive rarement que l'effet préjudiciable de l'admission de la preuve, par exemple l'utilisation de ressources judiciaires additionnelles, l'emporte de façon substantielle sur la force probante de la preuve, comme l'exige l'exclusion de la preuve de la défense selon *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 609-611. Si l'expert témoigne que la plupart des gens, ou même certaines personnes seulement, auraient eu une alcoolémie inférieure à la limite permise, la preuve ne perd pas toute pertinence, mais sa force probante est moindre. Ainsi, la preuve d'expert fondée sur les taux d'élimination dans la population générale n'est pas en soi dénuée de pertinence et donc inadmissible pour la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)d.1).

[65] Ce que la Cour a déclaré dans *Boucher* au sujet de la preuve relative aux taux dans la population générale n'est pas incompatible avec la pertinence et l'admissibilité de cette preuve, même si on a parfois interprété cet arrêt comme établissant que la preuve de « moyennes statistiques » demeure inadmissible pour la réfutation des présomptions établies par le par. 258(1). Le rejet par la Cour de « données moyennes » au par. 31 de *Boucher* se limitait au contexte d'un témoignage sur la consommation d'alcool jugé non crédible. En fait, ce paragraphe semble indiquer que, si un juge estime digne de foi le témoignage de l'accusé quant à sa consommation, la preuve d'expert sera pertinente et admissible.

[66] Au paragraphe 34 de *Boucher*, la Cour a aussi rejeté pour non-pertinence les « moyennes statistiques », en s'appuyant en partie sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279. Mais ce rejet se situait uniquement dans le contexte d'une preuve de l'alcoolémie basée sur des signes d'affaiblissement des facultés. De tels signes ne peuvent constituer une preuve de l'alcoolémie

as in *Boucher*, no evidence of tolerance is adduced. Evidence of elimination rates in the general population, on the other hand, is relevant to — although certainly not conclusive of — the blood alcohol content of the accused even in the absence of evidence of his or her elimination rate. Thus, *Boucher* and *Latour* did not reject outright the use of evidence of rates in the general population to rebut the s. 258(1) presumptions, but, rather, rejected it in a context in which blood alcohol content is assessed on the basis of indicia of impairment in the absence of evidence of alcohol tolerance, or in which evidence of consumption is disbelieved.

[67] Of course, admissibility is only the first hurdle; admissible evidence may be given little or no weight. The probative value of evidence based on rates in the general population will often be so low that it fails to raise a reasonable doubt that the accused had a blood alcohol content exceeding 80 mg, as indicated by an approved instrument for measuring blood alcohol content. Not only do elimination rates vary between individuals, but each individual's rate will vary depending on such factors as the amount of food consumed, the type of alcohol consumed and the pattern of consumption. Thus, evidence that the blood alcohol content of an average person of the sex, age, height and weight of the accused would have been at a certain level or within a certain range will rarely be sufficiently probative to raise a reasonable doubt about the presumed fact that the actual blood alcohol content of the accused at the time of the offence exceeded the legal limit.

(2) Evidence of the Elimination Rate of the Accused

[68] Expert evidence of the elimination rate of the accused as established by a test is potentially more probative of the blood alcohol content he or she had while driving than evidence based on elimination rates in the general population. However, because

en l'absence d'une preuve de la tolérance à l'alcool, preuve qui n'avait pas été présentée dans *Boucher*. La preuve des taux d'élimination dans la population générale, en revanche, est pertinente — quoique certainement pas déterminante — à l'égard de l'alcoolémie de l'accusé même en l'absence de preuve de son taux d'élimination. Ainsi, les arrêts *Boucher* et *Latour* ont consacré non pas le rejet systématique de l'utilisation de la preuve relative aux taux dans la population générale pour la réfutation des présomptions établies par le par. 258(1), mais plutôt le rejet de cette preuve lorsqu'il s'agit de déterminer l'alcoolémie selon des signes d'affaiblissement des facultés en l'absence de preuve de la tolérance à l'alcool, ou dans un contexte où le tribunal refuse d'ajouter foi à la preuve relative à la consommation d'alcool.

[67] L'admissibilité ne constitue, bien sûr, que le premier obstacle; on peut accorder à une preuve admissible peu ou pas de poids. La preuve fondée sur les taux dans la population générale possède dans bien des cas si peu de force probante qu'elle ne suscite pas un doute raisonnable quant à l'existence chez l'accusé d'une alcoolémie supérieure à 80 mg, mesurée à l'aide d'un alcootest approuvé. Les taux d'élimination varient non seulement d'un individu à l'autre, mais aussi chez le même individu, en fonction de divers facteurs tels que la quantité de nourriture consommée, le type d'alcool absorbé et le mode de consommation. Ainsi, la preuve qu'une personne moyenne dont le sexe, l'âge, la taille et le poids correspondent à ceux de l'accusé aurait une alcoolémie donnée ou que son alcoolémie se situerait à l'intérieur d'une fourchette donnée présentera rarement à elle seule une force probante suffisante pour soulever un doute raisonnable quant au fait présumé que l'alcoolémie réelle de l'accusé au moment de l'infraction dépassait la limite légale.

(2) Preuve du taux d'élimination de l'accusé

[68] Une preuve d'expert relative au taux d'élimination mesuré par des tests chez l'accusé pourrait être plus probante quant à son alcoolémie au volant qu'une preuve fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. Cependant, puisque

an individual's elimination rate varies over time based on a number of factors, as was confirmed by Mr. MacDonald's own expert (see para. 6 of the trial judgment), the probative value of evidence based on the elimination rate of the accused will logically depend on the number of variables controlled for in the elimination rate test. For example, an elimination rate test that fails to take into account the type of alcohol consumed, the pattern of consumption and any food consumed by the accused may be no more helpful for the purpose of establishing his or her elimination rate under different conditions than a simple average of elimination rates in the general population. If it were possible to provide credible evidence of the elimination rate of the accused at the time of the offence, though, that evidence would be more likely to rebut the presumption in s. 258(1)(d.1) than mere evidence of the elimination rate of the accused under testing conditions.

#### D. *Straddle Evidence*

[69] Straddle evidence, as indicated above, is evidence of a range of blood alcohol levels whose lowest value lies below the legal limit and whose highest value lies above it. Like evidence of elimination rates in the general population, straddle evidence has been treated inconsistently, but generally with suspicion, by the courts. Since *Heideman*, in 2002, the practice in Ontario has been not to admit it. Similarly, British Columbia's courts have generally rejected it (see *R. v. Moen* (2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376). However, at least two appellate courts have admitted straddle evidence — the Saskatchewan Court of Appeal in *Gibson* and the Quebec Court of Appeal in *Déry* — but their decisions have not always been followed.

[70] Even though in the majority of cases the courts have held that straddle evidence cannot be used to rebut the statutory presumptions, some of the leading cases on this point, such as *Heideman*, have been decided at least in part on the basis that the straddle evidence was based on elimination rates in the general population. The court in *Heideman* rejected both straddle evidence (of a range of 47 to

le taux d'élimination d'un individu varie avec le temps en fonction de plusieurs facteurs, comme l'a confirmé l'expert de M. MacDonald (jugement de première instance, par. 6), la force probante d'une preuve fondée sur le taux d'élimination de l'accusé dépendra logiquement du nombre de variables prises en compte par le test effectué. Par exemple, il se peut qu'un test visant à mesurer le taux d'élimination de l'accusé qui ne prendrait pas en compte le type d'alcool absorbé, le mode de consommation et toute nourriture consommée ne constitue pas un meilleur indicateur de son taux d'élimination dans des conditions différentes que la simple moyenne des taux d'élimination dans la population générale. Toutefois, une preuve crédible de son taux d'élimination au moment de l'infraction permettrait plus facilement de réfuter la présomption établie par l'al. 258(1)d.1) que la simple preuve de son taux d'élimination dans les conditions du test.

#### D. *Preuve de chevauchement*

[69] La preuve de chevauchement, comme nous l'avons vu, est la preuve d'une fourchette de taux d'alcoolémie dont la valeur la plus basse est inférieure à la limite permise et la valeur la plus haute lui est supérieure. Comme pour la preuve relative aux taux d'élimination dans la population générale, les tribunaux se sont montrés fluctuants au sujet d'une telle preuve, la considérant cependant en général avec suspicion. Depuis *Heideman* en 2002, elle n'est pas admise en Ontario. De même, les tribunaux de la Colombie-Britannique l'ont généralement rejetée (voir *R. c. Moen* (2007), 48 C.R. (6th) 361, 2007 BCSC 376). Elle a toutefois été admise par au moins deux cours d'appel : celle de la Saskatchewan dans *Gibson* et celle du Québec dans *Déry* — mais ces décisions n'ont pas toujours été suivies.

[70] Même si, selon la jurisprudence majoritaire, la preuve de chevauchement ne permet pas de réfuter les présomptions établies par la loi, dans le cas de certaines décisions importantes concernant cette question, comme *Heideman*, cette conclusion tient, du moins en partie, au fait que cette preuve est fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. Dans *Heideman*, la cour a rejeté



95 mg) and evidence of an average person's blood alcohol content (71 mg) for the reason that the expert's evidence was based on population averages unrelated to the accused and was therefore "not probative of this appellant's blood level at the time of the offence" (para. 14). In subsequent cases, such as *R. v. Noros-Adams* (2003), 190 Man. R. (2d) 161, 2003 MBCA 103, courts have cited *Heideman* for the principle that "in order to rebut the presumption the evidence must satisfy a court that the accused's blood alcohol content could not have been above .08" (para. 9). With respect, I do not believe that *Heideman* supports this conclusion. Rather, the court in *Heideman* stated that the expert evidence "must indicate that the level was below .08" (para. 13). This is not the same as requiring the elimination of a scenario in which the blood alcohol content of the accused was over 80 mg, to paraphrase the Alberta Court of Queen's Bench in *MacDonald*. The former is consistent with the concept of straddle evidence, while the latter is not.

[71] Although it appears to be true that in the canvassed cases, the straddle evidence was based on a range of elimination rates in the general population, this result is not logically inevitable, and it is important to distinguish the straddle evidence issue from that of evidence of elimination rates in the general population. I have already stated that evidence based on such rates is neither inherently irrelevant nor generally inadmissible. The question remains, however, whether the fact that the range of blood alcohol levels adduced by the expert straddles the legal limit renders the evidence incapable of rebutting the presumption in s. 258(1)(d.1).

[72] Let us consider a case in which an expert testifies that the blood alcohol content of the accused at the relevant time would have been between 40 and 82 mg. This evidence is relevant — both in terms of logical relevance and in the sense that its prejudicial effect does not substantially outweigh

à la fois la preuve de chevauchement (une fourchette de 47 à 95 mg) et la preuve de l'alcoolémie d'une personne moyenne (71 mg), au motif que le témoignage de l'expert, comme il se fondait sur des moyennes dans la population non reliées à l'accusé, n'était [TRADUCTION] « pas probant quant à l'alcoolémie de l'appelant au moment de l'infraction » (par. 14). Dans des décisions subséquentes, comme *R. c. Noros-Adams* (2003), 190 Man. R. (2d) 161, 2003 MBCA 103, les tribunaux se sont appuyés sur *Heideman* pour formuler le principe suivant lequel [TRADUCTION] « pour réfuter la présomption, la preuve doit convaincre le tribunal que l'alcoolémie de l'accusé n'aurait pas pu être supérieure à 0,08 » (par. 9). Soit dit en tout respect, je ne crois pas que l'arrêt *Heideman* autorise cette conclusion. Il mentionne plutôt que la preuve d'expert [TRADUCTION] « doit indiquer que l'alcoolémie était inférieure à 0,08 » (par. 13). Ce n'est pas la même chose que l'élimination du scénario où l'alcoolémie de l'accusé dépassait 80 mg, pour paraphraser la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans *MacDonald*. La première interprétation demeure compatible avec la notion de la preuve de chevauchement, alors que ce n'est pas le cas de la seconde.

[71] Même s'il paraît exact dans les affaires examinées que la preuve de chevauchement s'appuie sur une gamme de taux d'élimination dans la population générale, cela n'est pas logiquement inévitable et il importe de distinguer les deux questions : celle de la preuve de chevauchement et celle de la preuve fondée sur les taux d'élimination dans la population générale. J'ai déjà mentionné que cette dernière preuve n'est pas en soi dénuée de pertinence ni inadmissible en général. Mais la question demeure : le fait que la fourchette alcoolémique citée par l'expert chevauche la limite légale la rend-il incapable de contrer la présomption établie par l'al. 258(1)d.1)?

[72] Imaginons le témoignage d'un expert qui déclarerait que l'alcoolémie de l'accusé au moment pertinent se serait située entre 40 et 82 mg. Cet élément de preuve est pertinent pour réfuter la présomption que l'alcoolémie de l'accusé était supérieure à 80 mg, à la fois sur le plan de la logique et

its probative value — for the purpose of rebutting a presumption that the blood alcohol content of the accused was above 80 mg. It is not conclusive, but it may be capable of raising a reasonable doubt. Other straddle evidence may be less probative, but it will usually be sufficiently relevant to pass the threshold for admissibility.

[73] Thus, the usual principles must be applied to determine whether straddle evidence is admissible. However, the weight given to such evidence by a trier of fact will depend on the nature of the evidence itself. A wide “straddle range”, such as those in the present appeals (40-105 mg for Mr. Gibson and 64-109 mg for Mr. MacDonald), cannot be considered evidence to the contrary of the breathalyzer result, since it does not tend to prove that the accused was at or under the legal limit. Similarly, a range that is overwhelmingly above the legal limit may be of limited probative value. A narrower range, or one whose values lie overwhelmingly below the legal limit, will generally have greater probative value. In the end, the more that is known about probabilities within the range, the more probative the evidence may be.

[74] Another factor going to weight is whether the breathalyzer result is consistent with the straddle range. If it is, the Crown can argue that the straddle evidence supports the breathalyzer result. Although such evidence would be admissible, it is difficult to imagine that it could leave the trier of fact with a reasonable doubt. If, on the other hand, the breathalyzer result is inconsistent with the straddle range, this is simply another factor to be considered by the trier of fact. It could support either the contention that the breathalyzer reading was inaccurate, or the contention that the expert’s testimony is poor evidence of the actual blood alcohol content of the accused while he or she was driving. That being said, it should be recalled that in cases where an accused may have continued to absorb alcohol between the time of the alleged offence and that of the breathalyzer test, the breathalyzer reading may

du fait que son effet préjudiciable ne l’emporte pas de façon substantielle sur sa force probante. Sans être déterminante, elle pourrait soulever un doute raisonnable. D’autres preuves de chevauchement pourraient être moins probantes, mais leur pertinence sera habituellement suffisante pour qu’elles soient jugées admissibles.

[73] Ainsi, l’admissibilité de la preuve de chevauchement est par conséquent déterminée selon les principes habituels. Le poids que le juge des faits accorde à cette preuve dépendra toutefois de la nature de la preuve elle-même. Une large fourchette alcoolémique qui chevauche la limite légale, comme celles en cause dans les présents pourvois (40-105 mg dans le cas de M. Gibson et 64-109 mg dans celui de M. MacDonald), ne peut être considérée comme preuve contraire permettant de réfuter les résultats de l’alcooltest, car elle ne tend pas à prouver que l’alcoolémie de l’accusé ne dépassait pas la limite légale. De même, une fourchette se situant largement au-dessus de la limite légale risque d’avoir une force probante limitée. Une fourchette plus étroite, ou celle dont les valeurs se situent largement au-dessous de la limite légale, sera en général dotée d’une plus grande force probante. En fin de compte, plus nous connaissons les probabilités situées dans la fourchette, plus la preuve pourrait être probante.

[74] Un autre élément entre en ligne de compte pour la détermination du poids à accorder à la preuve : le fait que le résultat de l’alcooltest soit ou non compatible avec la fourchette chevauchante. S’il l’est, le ministère public peut plaider que la preuve de chevauchement contribue à confirmer le résultat en question. On imagine mal qu’une telle preuve, même si elle est admissible, puisse susciter un doute raisonnable chez le juge des faits. Si, par contre, le résultat de l’alcooltest est incompatible avec la fourchette chevauchante, ce sera simplement un autre facteur que le juge des faits doit prendre en considération. On pourrait invoquer cette incompatibilité pour faire valoir que le résultat de l’alcooltest était inexact ou que le témoignage de l’expert ne constitue pas une preuve très convaincante de l’alcoolémie réelle de l’accusé au moment où il se trouvait au volant. Cela dit, il ne faut pas

be consistent with the straddle range even if it lies outside the range.

[75] In sum, straddle evidence is by its very nature consistent with both innocence and guilt. Accordingly, such evidence will rarely suffice on its own to raise a reasonable doubt as to the accuracy of a breathalyzer result admitted in accordance with the relevant provisions of the *Criminal Code*. For the reasons given, however, it is not inadmissible on that ground. Evidence that does not in itself tend to show that the blood alcohol ratio of the accused was at or under the legal limit cannot be excluded for that reason. Here as elsewhere, ultimate sufficiency and threshold admissibility are conceptually distinct issues. Once straddle evidence is admitted, it will be left to the trier of fact to determine whether that evidence, considered in light of the evidence as a whole, raises a reasonable doubt as to the accuracy of the breathalyzer result. And I hasten to add that the straddle evidence and the other evidence relied on by the defence will warrant an acquittal only if it tends to prove that the blood alcohol level of the accused at the relevant time did not exceed 80 mg. In cases where the range of possible blood alcohol levels is based on average elimination rates across the population as a whole, straddle evidence will rarely be sufficient in itself to raise a reasonable doubt about the presumed fact that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit. It nevertheless remains admissible for the reasons given and may, bearing in mind the evidence as a whole, constitute evidence to the contrary for the purpose of rebutting the presumption in s. 258(1)(d.1). Whether a reasonable doubt exists must be assessed in light of all the evidence, given that the Crown has adduced evidence, in the form of a breathalyzer test result, of a blood alcohol content over the legal limit at the time of the offence.

[76] In my opinion, if we were to foreclose the possibility of straddle evidence raising a reasonable doubt and rebutting the presumption in

oublier que, si l'accusé a continué à absorber de l'alcool entre le moment de l'infraction reprochée et celui de l'alcootest, il se peut que le résultat de l'alcootest corresponde à la fourchette chevauchante même s'il se situe à l'extérieur de la fourchette.

[75] En somme, la preuve de chevauchement est, de par sa nature même, compatible à la fois avec l'innocence et la culpabilité. Par conséquent, sans autre preuve, elle sera rarement assez convaincante pour susciter un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat d'alcootest admis en preuve conformément aux dispositions pertinentes du *Code criminel*. Toutefois, pour les raisons déjà exposées, elle n'est pas inadmissible pour ce motif. On ne peut exclure pour cette raison la preuve qui, en elle-même, ne tend pas à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale. Ici comme ailleurs, l'ultime suffisance et le seuil d'admissibilité représentent deux concepts distincts. Une fois la preuve de chevauchement admise, il appartiendra au juge des faits de déterminer si elle soulève un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat de l'alcootest, compte tenu de l'ensemble de la preuve. Et je m'empresse d'ajouter que la preuve de chevauchement et l'autre preuve invoquée par la défense ne garantiront l'acquittement que si elles tendent à prouver que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment pertinent. Dans les cas où la fourchette d'alcoolémies possibles est fondée sur les taux moyens d'élimination dans l'ensemble de la population, la preuve de chevauchement suffira rarement à elle seule pour susciter un doute raisonnable quant au fait présumé que l'alcoolémie de l'accusé dépassait la limite légale. Elle demeure toutefois admissible pour les raisons déjà exposées et peut, compte tenu de l'ensemble de la preuve, constituer une preuve contraire pour la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)d.1). Pour déterminer s'il existe un doute raisonnable, il faut prendre en compte toute la preuve, étant donné que le ministère public a présenté, sous forme de résultats d'alcootest, la preuve d'une alcoolémie supérieure à la limite légale au moment de l'infraction.

[76] Écarter complètement la possibilité que la preuve de chevauchement suscite un doute raisonnable et permette de réfuter la présomption établie

s. 258(1)(d.1), as Justice Charron would do, we would, by emphasizing the fictional nature of the presumption of identity, inappropriately restrict the ability of an accused to defend him or herself. As I mentioned above, the wording of the provision gives no indication of a legislative intent to render the fictional presumption absolute or irrebuttable in practice. It also leaves open the possibility of discrepancies between test results obtained at the time of testing and the blood alcohol content of the accused at the time of the offence. Although I will not delve too far into constitutional issues that have not been raised in this appeal, a mandatory presumption that requires the accused to raise a reasonable doubt about a fact that has not been proved by the Crown may *prima facie* be a limit on the presumption of innocence protected by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that needs to be justified under s. 1. For example, in *Phillips*, the Ontario Court of Appeal, held that the presumption of identity, the equivalent of today's s. 258(1)(c), was *prima facie* unconstitutional. However, the presumption was saved under s. 1 of the *Charter*, in part because it was rebuttable by means of evidence to the contrary.

[77] The approach of my colleague, Charron J., is also problematic as regards the interpretation of the *Criminal Code*. She simply reads out of the *Criminal Code* the legislative distinction between the alcohol level at the time of the offence and the alcohol level at the time of testing. In so doing, she denies the possibility that the blood alcohol level of the accused changed between the time of the alleged offence and the time of testing. In practical terms, this approach eliminates defences that Parliament decided, despite the argument that they are liable to raise a degree of uncertainty in the law, to leave open to the accused in the present version of the *Criminal Code*. Straddle evidence is not and ought not to be declared inadmissible. The choice whether to submit to testing after being charged belongs to the accused. He or she retains the right to introduce such evidence despite its weaknesses.

à l'al. 258(1)d.1), comme le ferait la juge Charron, restreindrait indûment, à mon avis, la capacité de l'accusé de se défendre, du fait qu'on insiste sur la nature fictive de la présomption d'identité. Comme je l'ai mentionné plus haut, le texte de la disposition n'offre aucune indication quant à l'intention du législateur de rendre la présomption fictive absolue ou irréfragable en pratique. Il n'exclut pas la possibilité de montrer les divergences entre les résultats des tests et l'alcoolémie au moment de l'infraction. Sans trop approfondir les questions constitutionnelles non soulevées dans les présents pourvois, signalons que la présomption obligatoire selon laquelle l'accusé doit susciter un doute raisonnable quant à un fait que le ministère public n'a pas établi à première vue risque de restreindre l'effet de la présomption d'innocence, protégée par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu'il faut peut-être justifier selon l'article premier. Par exemple, dans *Phillips*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la présomption d'identité, l'équivalent de l'actuelle présomption établie par l'al. 258(1)c), était à première vue inconstitutionnelle. Elle est toutefois justifiée selon l'article premier de la *Charte*, en partie parce que la présomption peut être réfutée par une preuve contraire.

[77] L'analyse adoptée par ma collègue, la juge Charron, pose aussi un problème quant à l'interprétation du *Code criminel*. Elle y fait abstraction de la distinction législative entre l'alcoolémie au moment de l'infraction et celle au moment des tests. En effet, elle nie la possibilité que l'alcoolémie varie entre le moment de l'infraction reprochée et le moment où les tests sont effectués. En pratique, cette approche enlève les moyens de défense que le législateur a décidé de laisser à la disposition de l'accusé dans le texte actuel du *Code criminel*, même si l'on fait valoir qu'ils sont susceptibles de soulever un degré d'incertitude dans l'application du droit. La preuve de chevauchement ne peut pas et ne doit pas être déclarée inadmissible. C'est à l'accusé de choisir s'il veut se soumettre à des tests après le dépôt des accusations. Il conserve le droit de présenter une telle preuve, malgré ses lacunes.

*E. Application to the Facts*

[78] Mr. Gibson's two breathalyzer readings indicated blood alcohol levels of 120 and 100 mg. According to the expert evidence adduced by the defence, based on the range of elimination rates in the male population of Mr. Gibson's age, size and weight, and assuming Mr. Gibson's evidence of consumption to be true, his blood alcohol content while he was driving was between 40 and 105 mg. This evidence is sufficiently relevant to be admissible and is not without foundation, so it can be given weight by the trier of fact. However, given that the expert's straddle evidence is based on elimination rates in the general population, consists of a wide range of values and includes values significantly above the legal limit, it does not, as is required to rebut the presumption in s. 258(1)(d.1), raise a reasonable doubt that Mr. Gibson's blood alcohol content actually exceeded 80 mg. Therefore, for these reasons, I agree with the Court of Appeal that Mr. Gibson's acquittal should be quashed and he should be retried.

[79] The expert evidence adduced by Mr. MacDonald included straddle evidence based on elimination rates in the general population, and evidence based on Mr. MacDonald's own elimination rate according to tests conducted subsequently to the offence. The straddle evidence indicated a range of 64 to 109 mg. Again, this evidence is admissible. However, it is clear from the trial judge's reasons that despite this evidence, he did not have a reasonable doubt that Mr. MacDonald's blood alcohol had been over the limit at the relevant time. Although it is not clear whether this was because he rejected the evidence of consumption or because the straddle evidence itself was not sufficiently convincing, the trial judge was entitled to decide on either basis. In my opinion, it would have been unreasonable for him to find that the straddle evidence in this case was capable of raising a reasonable doubt.

*E. Application aux faits*

[78] Les deux alcootests auxquels a été soumis M. Gibson révèlent des alcoolémies de 120 et de 100 mg. D'après la preuve d'expert présentée par la défense, l'alcoolémie de M. Gibson au moment où il conduisait se situait entre 40 et 105 mg, selon les taux d'élimination de l'alcool observés chez les hommes de l'âge, de la taille et du poids de M. Gibson, et selon la présomption que son témoignage quant à sa consommation était véridique. Cette preuve est suffisamment pertinente pour être admissible et elle n'est pas sans fondement, si bien que le juge des faits peut lui accorder un certain poids. Mais étant donné que la preuve de chevauchement est fondée sur les taux d'élimination dans la population générale, comporte une large fourchette et comprend des valeurs notablement supérieures à la limite légale, elle ne soulève aucun doute raisonnable quant à l'alcoolémie supérieure à 80 mg de M. Gibson, comme l'exige la réfutation de la présomption établie par l'al. 258(1)d.1). Pour ces motifs, je conviens donc avec la Cour d'appel que l'acquittement de M. Gibson doit être annulé et qu'il doit subir un nouveau procès.

[79] La preuve d'expert présentée par M. MacDonald comportait une preuve de chevauchement, fondée sur les taux d'élimination dans la population générale, et une preuve fondée sur les taux d'élimination de M. MacDonald lui-même, établi au moyen de tests effectués après l'infraction. La preuve de chevauchement indiquait une fourchette de 64 à 109 mg. Cette preuve, encore une fois, est admissible. Il ressort clairement, toutefois, des motifs du juge de première instance que, malgré cette preuve, il n'avait aucun doute raisonnable quant au fait que l'alcoolémie de M. MacDonald était, au moment pertinent, supérieure à la limite permise. Même s'il est difficile de savoir si cette absence de doute tenait à son rejet des témoignages concernant la consommation ou à ce que la preuve de chevauchement n'était pas suffisamment convaincante, le juge de première instance avait le droit de fonder sa décision sur l'une ou l'autre de ces raisons. À mon avis, il ne pouvait pas raisonnablement conclure, en l'espèce, que la preuve de chevauchement pouvait susciter un doute raisonnable.

[80] The fact that Mr. MacDonald's blood alcohol content according to the police, who measured it at 140 mg, is inconsistent with the straddle range does not necessarily imply that the breathalyzer reading was inaccurate. The trial judge appears to have concluded, rather, that the range attested to by the expert did not reflect Mr. MacDonald's actual blood alcohol content while he was driving. This may be because the trial judge did not believe the evidence of consumption or because he simply did not accept the expert evidence. Even if the straddle evidence did necessarily imply that the breathalyzer reading was inaccurate, it is well established that this would not be sufficient to rebut the presumptions in s. 258(1) in the absence of evidence that the blood alcohol content of the accused did not exceed 80 mg at the time of the alleged offence. It was open to the trial judge to conclude that the straddle evidence did not raise a reasonable doubt on this issue.

[81] The evidence of Mr. MacDonald's own elimination rate, which supported a blood alcohol content of 71 mg, was also rejected by the trial judge because the test used to determine the elimination rate had not sufficiently approximated the conditions at the time of the alleged offence, which limited its relevance to the fact Mr. MacDonald was seeking to prove. Thus, although based on Mr. MacDonald's elimination rate, the evidence of a blood alcohol content of 71 mg was not sufficient to raise a reasonable doubt that Mr. MacDonald's blood alcohol content had exceeded 80 mg. I see no reason to interfere with that finding, which was upheld by the Court of Queen's Bench and by the Court of Appeal.

### III. Disposition

[82] In the result, both appeals are dismissed.

The reasons of Binnie and Deschamps JJ. were delivered by

[83] DESCHAMPS J. (dissenting) — The Court is asked to determine what weight is to be given to

[80] Le fait que l'alcoolémie de 140 mg constatée par la police au moyen des alcootests auxquels elle a soumis M. MacDonald est incompatible avec la fourchette chevauchante n'implique pas nécessairement que les résultats des alcootests étaient inexacts. Le juge de première instance semble avoir plutôt conclu que la fourchette attestée par l'expert ne correspondait pas à l'alcoolémie réelle de M. MacDonald au moment où il conduisait. Peut-être n'a-t-il pas cru les témoignages relatifs à la consommation, ou alors il n'a tout simplement pas accepté la preuve d'expert. Même si la preuve de chevauchement impliquait nécessairement que les résultats des alcootests étaient inexacts, il est bien établi que cela ne suffit pas pour réfuter les présomptions prévues par le par. 258(1), en l'absence d'une preuve démontrant que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg au moment de l'infraction reprochée. Le juge de première instance pouvait conclure que la preuve de chevauchement ne suscitait chez lui aucun doute raisonnable sur ce point.

[81] Le juge de première instance a aussi rejeté la preuve relative au taux d'élimination de M. MacDonald lui-même, sur laquelle repose l'alcoolémie de 71 mg, car le test utilisé pour déterminer ce taux ne reproduisait pas d'une façon suffisante les conditions existant au moment de l'infraction reprochée, ce qui restreignait sa pertinence à l'égard du fait que M. MacDonald cherchait à établir. Ainsi, la preuve d'une alcoolémie de 71 mg, bien que reposant sur le taux d'élimination de celui-ci, ne suffisait pas pour soulever un doute raisonnable quant à l'alcoolémie supérieure à 80 mg de M. MacDonald. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge, qui a été confirmée par la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel de l'Alberta.

### III. Dispositif

[82] Les deux pourvois sont par conséquent rejetés.

Version française des motifs des juges Binnie et Deschamps rendus par

[83] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — La Cour doit déterminer le poids qu'il convient de donner

“straddle evidence”. In these reasons, I will discuss the appeals of both Mr. Gibson and Mr. MacDonald. The trial judge in Mr. Gibson’s case summarized the three approaches taken by the courts with respect to straddle evidence ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40). According to the first approach, as held in *R. v. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542 (Ont. C.A.), expert evidence based on average elimination rates will suffice only if the entire range of blood alcohol levels does not exceed the legal limit; advocates of this view reject straddle evidence on the basis that it cannot raise a reasonable doubt. According to the second approach, the “prevailing direction” approach, as I understand it, straddle evidence can constitute evidence to the contrary if an elimination rate of 15 mg of alcohol per 100 ml of blood per hour, which is the midpoint of the range of elimination rates in the general population, places the accused at a level that does not exceed the legal limit. Finally, according to the third approach, the “some evidence” approach, if any part of the “straddle range” falls below the legal limit, the accused is entitled to an acquittal.

[84] I have read Charron J.’s reasons and I accept her description of the legislative scheme and the presumptions. She adopts the *Heideman* approach, which is the most stringent one. In my view, that approach does not take into account the current state of scientific expertise and the current wording of the *Criminal Code*. I have also read LeBel J.’s reasons. He would adopt a fourth approach that, although based on the prevailing direction approach, is narrower. With respect, I prefer a standard that gives greater guidance concerning its application and is consistent with the reasonable doubt rule. I adopt the prevailing direction approach. Evidence that tends to show that the blood alcohol concentration of the accused at the time of interception did not exceed the legal limit based on an elimination rate of 15 mg per hour, or on the actual elimination rate of the accused according to test results, will suffice to raise a reasonable doubt.

à la preuve relative à une fourchette alcoolémique chevauchant la limite légale (« chevauchement »). Nous examinerons les pourvois de MM. Gibson et MacDonald. Dans la cause de M. Gibson, le juge du procès a résumé les trois approches adoptées par les tribunaux au sujet de cette preuve ((2004), 225 N.S.R. (2d) 16, 2004 NSPC 40). Selon la première approche, fondée sur *R. c. Heideman* (2002), 168 C.C.C. (3d) 542 (C.A. Ont.), la preuve d’expert basée sur les taux moyens d’élimination ne suffira que si l’ensemble de la fourchette alcoolémique ne dépasse pas la limite légale; ceux qui adoptent ce point de vue rejettent la preuve de chevauchement au motif qu’elle ne peut soulever un doute raisonnable. Selon le deuxième mode d’analyse, à savoir l’approche de l’« orientation dominante », si j’ai bien compris, le chevauchement peut constituer une preuve contraire si le taux d’élimination de 15 mg d’alcool par 100 ml de sang par heure, qui représente le point milieu de la fourchette des taux d’élimination observés dans la population générale, situe l’alcoolémie de l’accusé à un niveau ne dépassant pas la limite légale. Enfin, selon la troisième approche, celle fondée sur la présence de « quelque élément de preuve », si une partie de la fourchette se trouve au-dessous de la limite légale, l’accusé a droit à l’acquittal.

[84] J’ai pris connaissance des motifs de la juge Charron et j’accepte son exposé du régime législatif et des présomptions. Elle adopte l’approche *Heideman*, qui est la plus stricte. À mon avis, cette approche ne tient pas compte de l’état actuel de l’expertise scientifique et du texte actuel du *Code criminel*. J’ai également pris connaissance des motifs du juge LeBel. Il adopterait une quatrième approche qui, même si elle est fondée sur celle de l’orientation dominante, est plus restreinte. Soit dit en tout respect, je préfère une norme qui donne plus de précisions quant à son application et qui respecte la règle du doute raisonnable. J’adopte l’approche de l’orientation dominante. La preuve tendant à démontrer que l’alcoolémie de l’accusé, au moment de l’interpellation, ne dépassait pas la limite légale d’après le taux d’élimination de 15 mg par heure ou le taux réel d’élimination de l’accusé, mesuré par des tests, suffit pour soulever un doute raisonnable.

[85] Experts have an important role to play in drinking and driving trials. Courts rely on their expertise, because measuring the blood alcohol concentration of an accused clearly falls outside a judge's experience and knowledge: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42. Expert testimony has been accepted for decades on the basis that it can raise a doubt as to whether the blood alcohol concentration of an accused was over the legal limit. An expert will typically give an opinion on the blood alcohol concentration of an accused by taking into consideration his or her sex, age, height and body weight, and the drinking pattern on the day of the alleged offence. The estimated blood alcohol concentration is, in most cases, based on average elimination rates between 10 mg per hour, for slower eliminators, and 20 mg, for faster eliminators. It is generally agreed that most people eliminate alcohol within that range. This type of expert evidence is presented as a range of blood alcohol levels which will either fall entirely below the legal limit or "straddle" that limit. Experts can also conduct post-offence tests in which they attempt to calculate the personal elimination rate of the accused, and then use that rate to estimate a blood alcohol concentration. What is at issue in these appeals is the probative value of straddle evidence and of elimination rates obtained from post-offence testing.

[86] In my view, the prevailing direction approach can be used to justify an acquittal, because the evidence presented at trial need only raise a reasonable doubt. "[A] reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense which must be logically based upon the evidence or lack of evidence": *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 30 (emphasis added). The following comment by Fish J.A., as he then was, is apposite to the present appeals: "The 'evidence to the contrary' to which it refers must tend to show — but it need not prove — that the blood-alcohol level of the accused did not exceed the statutory limit at the relevant time. The exculpatory evidence, in other words, must have probative value, but it need not be so cogent as to persuade the court" (*R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90

[85] Les experts jouent un rôle important dans les procès mettant en cause l'alcool au volant. Les tribunaux se fient à leur expertise, car il est clair que la mesure de l'alcoolémie de l'accusé dépasse l'expérience et les connaissances des juges : *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42. Depuis des décennies, il est accepté que les témoignages d'expert puissent soulever un doute quant à la question de savoir si l'alcoolémie de l'accusé dépasse la limite prescrite par la loi. En général, pour donner leur opinion sur l'alcoolémie d'un accusé les experts tiennent compte de son sexe, de son âge, de sa taille, de son poids et de son mode de consommation le jour de l'infraction reprochée. L'alcoolémie estimée est, dans la plupart des cas, fondée sur les taux moyens d'élimination variant entre 10 mg et 20 mg par heure selon que l'organisme de la personne élimine l'alcool lentement ou rapidement. Il est généralement reconnu que le taux d'élimination de la plupart des gens se situe dans cette fourchette. Ce type de preuve d'expert se présente sous la forme d'une fourchette alcoolémique qui peut se situer entièrement au-dessous de la limite légale ou chevaucher cette limite. Les experts peuvent aussi procéder à des tests après l'infraction, où ils essaient de calculer le taux d'élimination de l'accusé, puis d'estimer son alcoolémie à partir de ce taux. La question en litige dans les présents pourvois porte sur la force probante d'une preuve de chevauchement et des taux d'élimination mesurés par des tests faits après l'infraction.

[86] À mon avis, on peut recourir à l'approche de l'orientation dominante pour justifier un acquittement, car la preuve présentée au procès doit seulement soulever un doute raisonnable. « [U]n doute raisonnable est un doute fondé sur la raison et le bon sens, et qui doit reposer logiquement sur la preuve ou l'absence de preuve » : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 30 (je souligne). Les remarques suivantes du juge Fish, siégeant alors à la Cour d'appel, sont pertinentes dans le cadre des présents pourvois : [TRADUCTION] « La "preuve contraire" dont il est question doit tendre à démontrer — sans devoir prouver — que l'alcoolémie de l'accusé, au moment pertinent, ne dépassait pas la limite prescrite par la loi. Autrement dit, la preuve disculpatoire doit avoir une force probante, mais



(Que. C.A.), at p. 92 (emphasis added; emphasis in original deleted)). Therefore, when an accused adduces straddle evidence, that evidence need not prove his or her blood alcohol level at the time of interception. It is sufficient that the evidence tends to show that the blood alcohol level of the accused did not exceed the legal limit at the material time.

[87] There is nothing arbitrary, imprecise or new about using an average elimination rate of 15 mg per hour as a marker when evaluating the probative value of straddle evidence. Dr. Jerry L. Malicky, Mr. MacDonald's expert, testified that *most* of the 5,000 people he has tested eliminated alcohol in the range between 15 mg and 20 mg. Dr. Malicky further indicated that the American Medical Association has adopted an average elimination rate of 18 mg and that the RCMP Crime Laboratory has adopted a rate of 15 mg. Dr. Malicky's expert testimony provides scientific information falling outside a judge's experience and knowledge according to which members of the general population tend to eliminate alcohol at a rate faster than 15 mg. Unless such evidence is undermined during cross-examination by a circumstance specific to the case that renders it inapplicable, or is contradicted by other expert evidence, a judge can acquit an accused if the prevailing direction of the straddle range favours a level that does not exceed the legal limit. A conclusion, based on an elimination rate of 15 mg, that the blood alcohol concentration of an accused did not exceed the legal limit would be based on credible and persuasive expert evidence. This evidence would tend to show that it is more likely than not that the blood alcohol level of the accused did not exceed that limit. The 15 mg marker offers an easily applicable standard on the basis of which an accused need only raise a reasonable doubt to the effect that his blood alcohol content may not have exceeded the legal limit.

[88] For this Court to accept Dr. Malicky's position would amount only to acknowledging the factual findings of trial judges across the country.

elle n'a pas à être solide au point de convaincre le tribunal » : *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (C.A. Qué.), p. 92 (je souligne; soulignement dans l'original omis). Par conséquent, lorsqu'un accusé présente une preuve de chevauchement, il n'est pas nécessaire que celle-ci établisse son alcoolémie au moment de l'interpellation. Il suffit qu'elle tende à démontrer que son alcoolémie ne dépassait pas la limite légale au moment des faits reprochés.

[87] L'utilisation du taux moyen d'élimination de 15 mg par heure comme point de repère pour l'évaluation de la force probante de la preuve d'alcoolémie chevauchante n'a rien d'arbitraire, d'imprécis ou de nouveau. M. Jerry L. Malicky, l'expert cité par M. MacDonald, a témoigné que le taux d'élimination de la *plupart* des 5 000 personnes à qui il a fait subir le test se situait entre 15 mg et 20 mg. Il a ajouté que l'American Medical Association a adopté un taux moyen d'élimination de 18 mg et que le laboratoire médico-légal de la GRC a adopté un taux moyen de 15 mg. Son témoignage d'expert fournit des renseignements scientifiques — qui dépassent l'expérience et les connaissances des juges — indiquant que la population générale tend à éliminer l'alcool plus rapidement que 15 mg d'alcool par heure. À moins qu'une telle preuve ne s'effondre en contre-interrogatoire, étant considérée comme inapplicable en raison d'une circonstance particulière à la cause ou minée par une preuve d'expert qui lui est contradictoire, un juge peut acquitter l'accusé si l'orientation dominante de la fourchette d'alcoolémie chevauchante tend à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale. La conclusion que l'alcoolémie de l'accusé, selon le taux d'élimination de 15 mg, ne dépassait pas la limite légale repose sur une preuve d'expert crédible et convaincante. Cette preuve tend à démontrer que, selon toute vraisemblance, l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas cette limite. Le point de repère de 15 mg offre une norme facilement applicable selon laquelle l'accusé doit seulement soulever un doute raisonnable, à savoir que son alcoolémie a pu ne pas dépasser la limite légale.

[88] En acceptant la position de M. Malicky, la Cour ne fait que reconnaître les conclusions de fait des juges du procès dans tout le pays. R. Solomon

R. Solomon and E. Chamberlain note in “Calculating BACs for Dummies: The Real-World Significance of Canada’s 0.08% Criminal BAC Limit for Driving” (2004), 8 *Can. Crim. L.R.* 219, at p. 232, that an elimination rate of 15 mg per hour “seems to be widely accepted as ‘average’ in Canada”. These authors consider 15 mg to be a more conservative estimate than the figures used by the U.S. National Highway Traffic Safety Administration (“NHTSA”) (p. 233). According to the NHTSA, the average elimination rate for moderate drinkers is 17 mg, whereas the average rate for heavy drinkers is 20 mg. The NHTSA also indicates that less than 20 percent of the population would exhibit an elimination rate of 12 mg (p. 230). These figures correspond to those of Dr. Malicky and suggest that most members of the general population tend to eliminate alcohol at a rate faster than 15 mg.

[89] Dr. Malicky’s testimony is also consistent with the expert evidence endorsed by the Quebec and Saskatchewan courts of appeal. In *R. v. Déry*, [2001] Q.J. No. 3205 (QL) (C.A.), the expert evidence adduced at trial showed that the blood alcohol level of the accused would have been in a range straddling the legal limit. However, the expert testified that, according to his own and other scientific studies, an elimination rate of 15 mg per hour applied to 95 percent of the population. The Quebec Court of Appeal accordingly accepted that expert evidence based on an elimination rate of 15 mg could constitute evidence to the contrary: *Déry*, at paras. 28-32; *R. v. Bellemare*, [2001] Q.J. No. 3304 (QL) (C.A.), at paras. 15-20; *R. v. Nault*, [2001] Q.J. No. 3201 (QL) (C.A.), at paras. 19-22; *R. v. Thiffeault*, [2001] Q.J. No. 3198 (QL) (C.A.), at paras. 16-20. Similarly, in *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 (Sask. C.A.), expert evidence showed that the range of the accused straddled the legal limit. However, the expert had testified at trial that, although the range straddled the legal limit, the blood alcohol content of the accused would, based on an average, have been 79 mg. The majority of the Saskatchewan Court of Appeal concluded that such evidence could constitute evidence to the contrary.

et E. Chamberlain, dans « Calculating BACs for Dummies : The Real-World Significance of Canada’s 0.08% Criminal BAC Limit for Driving » (2004), 8 *R.C.D.P.* 219, p. 232, font observer que le taux d’élimination de 15 mg par heure [TRADUCTION] « semble être largement reconnu comme étant le taux “moyen” au Canada ». Selon ces auteurs, 15 mg représente une estimation plus prudente que les chiffres utilisés par la National Highway Traffic Safety Administration (« NHTSA ») aux États-Unis (p. 233). En effet, selon la NHTSA, le taux moyen d’élimination des personnes qui boivent modérément est de 17 mg, tandis que celui des grands buveurs s’élève à 20 mg. La NHTSA mentionne aussi que moins de 20 p. 100 de la population affiche un taux d’élimination de 12 mg (p. 230). Ces chiffres correspondent à ceux de M. Malicky et semblent indiquer que la majorité de la population générale tend à éliminer l’alcool plus rapidement que 15 mg par heure.

[89] Le témoignage de M. Malicky correspond aussi à la preuve d’expert approuvée par les cours d’appel du Québec et de la Saskatchewan. Dans *R. c. Déry*, [2001] J.Q. n° 3205 (QL) (C.A.), selon la preuve d’expert présentée au procès, l’alcoolémie de l’accusé se serait située dans une fourchette chevauchant la limite légale. L’expert a toutefois témoigné que d’après des études scientifiques — les siennes et celles d’autres auteurs — le taux d’élimination de 15 mg par heure s’appliquait à 95 p. 100 de la population. Pour cette raison, la Cour d’appel du Québec a accepté que la preuve d’expert fondée sur le taux d’élimination de 15 mg puisse constituer une preuve contraire : *Déry*, par. 28-32; *R. c. Bellemare*, [2001] J.Q. n° 3304 (QL) (C.A.), par. 15-20; *R. c. Nault*, [2001] J.Q. n° 3201 (QL) (C.A.), par. 19-22; *R. c. Thiffeault*, [2001] J.Q. n° 3198 (QL) (C.A.), par. 16-20. De même, dans l’affaire *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28 (C.A. Sask.), la preuve d’expert a révélé que la fourchette alcoolémique de l’accusé chevauchait la limite légale. Toutefois, au procès, l’expert a témoigné que, même si la fourchette chevauchait la limite légale, l’alcoolémie de l’accusé, d’après le taux moyen, aurait été de 79 mg. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Saskatchewan conclurent qu’une telle preuve pouvait constituer une preuve contraire.

[90] According to critics, straddle evidence is unpersuasive because it does not exonerate everyone, as it does so only for those who are not slow eliminators. They add that straddle evidence establishes a range of possible blood alcohol levels without indicating the actual level of the accused. These are legitimate concerns. However, as can be seen from Dr. Malicky's testimony, there is a body of scientific evidence that shows that members of the general population tend to eliminate alcohol at a rate faster than 15 mg per hour. It would therefore be speculative to assume, without any evidence, that a given accused is different from the majority of the general population and is a slow eliminator. Unless the scientific information that supports using 15 mg as a marker is contradicted by persuasive expert evidence, a judge should acquit if the prevailing direction of the straddle range favours a level that does not exceed the legal limit. The accused has no persuasive burden and accordingly does not need to prove that his or her blood alcohol level actually did not exceed the legal limit. This in turn means that the accused need not definitely establish that he or she is not a slow eliminator of alcohol.

[91] The prevailing direction approach affords the accused a defence that is sufficiently complete without requiring post-offence testing. As a matter of judicial policy, I agree with Charron J. that requiring accused persons to submit to drinking tests should not be encouraged by the courts. If an accused chooses to submit to post-offence testing, care should be taken to strike an appropriate balance between the need for the evidence and the concern for his or her safety and health. Nevertheless, post-offence testing is not, *per se*, irrelevant or lacking in probative value. I take issue with the view that since the conditions prevailing at the time of the offence cannot be replicated, there is nothing to be gained from post-offence testing. This view is unsupported by evidence. Just as evidence of average elimination rates in the general population is not discredited simply because such rates do not replicate the situation of an accused, evidence of post-offence testing designed to determine the

[90] Certains critiques soutiennent que la preuve de chevauchement n'est pas convaincante du fait qu'elle ne disculpe pas tout le monde — seulement les personnes dont l'organisme n'élimine pas lentement l'alcool. Selon eux, elle établit une fourchette d'alcoolémies possibles sans indiquer où se situe l'alcoolémie réelle de l'accusé. Ce sont là des préoccupations légitimes. Toutefois, comme il ressort du témoignage de M. Malicky, un ensemble d'éléments de preuve scientifiques montrent que la population générale tend à éliminer l'alcool plus rapidement que 15 mg par heure. Par conséquent, ce n'est qu'une conjecture que de conclure, sans aucune preuve, qu'un accusé est différent de la majorité de la population générale et que son organisme élimine plus lentement l'alcool. À moins qu'une preuve d'expert convaincante ne vienne contredire l'information scientifique selon laquelle l'utilisation de 15 mg comme point de repère est acceptable, le juge doit prononcer l'acquittement si l'orientation dominante du chevauchement tend à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale. Aucune charge de persuasion n'incombe à l'accusé. Pour cette raison, il n'a pas à prouver qu'en fait son alcoolémie ne dépassait pas la limite légale. Cela signifie donc qu'il ne doit absolument pas établir qu'il n'élimine pas l'alcool lentement.

[91] L'approche de l'orientation dominante offre à l'accusé suffisamment de moyens de défense sans qu'il soit nécessaire d'exiger que des tests soient effectués après l'infraction. Pour des motifs de politique judiciaire, je conviens avec la juge Charron que les tribunaux ne devraient pas encourager la réalisation de tests où l'on force le sujet à boire. Si l'accusé choisit de se soumettre à des tests après l'infraction, il faut veiller à établir un juste équilibre entre la nécessité de produire une preuve et la protection de sa sécurité et de sa santé. Toutefois, les tests effectués après l'infraction ne sont pas, en eux-mêmes, dépourvus de pertinence ou de force probante. Je ne souscris pas à la déclaration que les tests effectués après l'infraction ne servent à rien puisqu'il est impossible de reproduire les conditions qui existaient au moment de l'infraction. Cette position n'est pas étayée par la preuve. Tout comme la preuve des taux moyens d'élimination observés dans la population générale n'est pas discréditée du

elimination rate of an individual accused should not be rejected for that reason alone. An elimination rate based on test results may constitute evidence that tends to show that an accused eliminates alcohol at a rate faster than 15 mg per hour. Although the weight given to post-offence testing may depend on a number of variables, this should not be interpreted as requiring replication of the conditions of absorption, which is an issue that arises in Mr. MacDonald's case.

[92] I will now say a few words on the application of the principles to Mr. Gibson's case before turning to Mr. MacDonald's appeal.

[93] At Mr. Gibson's trial, the expert for the defence testified that Mr. Gibson's blood alcohol content while he was driving would, based on average elimination rates, have been between 40 and 105 mg. The trial judge was satisfied that the prevailing direction of the range favoured a level that did not exceed the legal limit, and he believed that this was sufficient evidence for an acquittal. I agree. I would therefore allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and restore the Nova Scotia Supreme Court's decision to affirm the trial judge's judgment acquitting Mr. Gibson on the charge of driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit.

[94] In Mr. MacDonald's case, Dr. Malicky testified that Mr. MacDonald's blood alcohol concentration would, based on average elimination rates, have been between 64 and 109 mg. However, Mr. MacDonald's post-offence test established that his blood alcohol content should have been 71 mg based on a personal elimination rate of 18.5 mg per hour.

[95] The test conducted by Dr. Malicky involved absorbing, under fasting conditions, enough alcohol over a period of five minutes to get the subject's blood alcohol content into a target range of around 50 or 60 mg (A.R., at p. 80). Then, using

simple fait qu'ils ne tiennent pas compte de la situation de l'accusé, la preuve que constituent les tests effectués après l'infraction pour déterminer le taux d'élimination d'un accusé ne doit pas être écartée pour cette seule raison. Un taux d'élimination mesuré par des tests peut constituer une preuve tendant à démontrer que l'accusé élimine l'alcool plus rapidement que 15 mg par heure. Même si le poids à accorder aux tests effectués après l'infraction peut dépendre d'un certain nombre de variables, il ne faut pas considérer que les conditions d'absorption doivent être reproduites exactement, question qui est soulevée dans la cause de M. MacDonald.

[92] Je dirai d'abord quelques mots sur l'application des principes à la cause de M. Gibson, puis je passerai au pourvoi de M. MacDonald.

[93] Au procès de M. Gibson, l'expert cité par la défense a témoigné que, d'après les taux moyens d'élimination, l'alcoolémie de M. Gibson lorsqu'il était au volant s'établissait entre 40 et 105 mg. Le juge du procès était convaincu que l'orientation dominante de la fourchette tendait à indiquer un niveau ne dépassant pas la limite légale et il croyait la preuve suffisante pour justifier l'acquittement. Je partage cette opinion. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui avait confirmé le jugement du juge du procès acquittant M. Gibson à l'égard de l'accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant la limite légale.

[94] Dans la cause de M. MacDonald, M. Malicky a témoigné que l'alcoolémie de celui-ci, d'après les taux moyens d'élimination, se situait entre 64 et 109 mg. Cependant, selon les tests auxquels M. MacDonald a été soumis après l'infraction, son alcoolémie aurait dû être 71 mg compte tenu de son taux d'élimination de 18,5 mg par heure.

[95] Pour le test, M. Malicky a fait boire au sujet, à jeun, suffisamment d'alcool pendant cinq minutes pour que son alcoolémie atteigne la fourchette cible, entre 50 et 60 mg (d.a., p. 80). Puis, à l'aide d'un instrument approuvé, il a prélevé 11

an approved instrument, he took 11 samples of the subject's breath and prepared a graph showing the relationship between blood alcohol and time. He subsequently estimated the subject's elimination rate (A.R., at p. 78). Dr. Malicky also testified that he never uses beer as a testing beverage because it takes a significant amount of time for beer to be absorbed. He instead uses vodka mixed with soft drinks, which allows for fairly rapid absorption to occur. The use of vodka rather than beer insures that the subject has absorbed all the alcohol (A.R., at p. 73).

[96] As Solomon and Chamberlain point out, a blood alcohol concentration “is simply the ratio of the weight of pure alcohol in a given volume of blood” (p. 230 (emphasis added; emphasis in original deleted); see also p. 223). Consequently, using a liquid that contains 40 percent pure alcohol, like most types of liquor, instead of one that contains 5 percent, like most types of beer, or 12 percent, like many types of wine, will not affect the value of the test. Only “pure alcohol” is relevant for the purpose of determining the blood alcohol concentration. Moreover, post-offence testing under fasting conditions is less favourable to the accused: “If an individual eats before or while drinking, this would slow down the rate at which the alcohol is absorbed into the blood and, thus, lower the individual's peak [blood alcohol concentration]” (Solomon and Chamberlain, at p. 230 (emphasis added); see also p. 233 and A.R., at p. 73).

[97] Because Dr. Malicky was concerned with the elimination rate and not the absorption rate, he did not attempt to reproduce Mr. MacDonald's drinking pattern on the day of the alleged offence (A.R., at p. 81). Although he acknowledged that elimination rates can vary from occasion to occasion (A.R., at p. 70) and that the post-offence test may not represent Mr. MacDonald's rate of elimination at the material time (A.R., at p. 81), nothing in his testimony suggests that factors such as fasting or type of alcohol will lead to a higher elimination rate. The record is silent on how these variables affect elimination rates. I find it highly troubling and offensive for a court to impeach an expert's credibility by dismissing post-offence testing, without

échantillons d'haleine et a préparé un graphique indiquant le rapport entre l'alcoolémie et le temps. Il a par la suite estimé le taux d'élimination (d.a., p. 78). Il a aussi témoigné qu'il n'utilisait jamais de la bière pour ce genre de test parce que l'organisme met beaucoup de temps à absorber la bière. Il utilise plutôt de la vodka mélangée à une boisson gazeuse, ce qui permet une absorption assez rapide. L'utilisation de la vodka au lieu de la bière permet de s'assurer que le sujet a vraiment absorbé tout l'alcool (d.a., p. 73).

[96] Comme le font remarquer les auteurs Solomon et Chamberlain, l'alcoolémie [TRADUCTION] « est simplement le rapport entre le poids d'alcool pur présent dans un volume donné de sang » (p. 230 (je souligne; soulignement dans l'original omis); voir aussi p. 223). Par conséquent, qu'on utilise un liquide contenant 40 p. 100 d'alcool pur, comme la plupart des alcools, ou un liquide contenant 5 p. 100, comme la plupart des bières, ou 12 p. 100, comme la plupart des vins, cela ne change rien à la valeur du test. Seul l'« alcool pur » est pertinent pour la détermination de l'alcoolémie. Par ailleurs, les résultats des tests effectués après l'infraction alors que l'accusé est à jeun lui sont moins favorables : [TRADUCTION] « La nourriture ralentit l'absorption de l'alcool dans le sang et réduit l'alcoolémie maximale de l'individu » (Solomon et Chamberlain, p. 230 (je souligne); voir aussi p. 233 et d.a., p. 73).

[97] Comme M. Malicky se préoccupait du taux d'élimination et non du taux d'absorption, il n'a pas tenté de reproduire le mode de consommation de M. MacDonald le jour de l'infraction reprochée (d.a., p. 81). Certes, il reconnaît que les taux d'élimination peuvent varier d'une fois à l'autre (d.a., p. 70) et que le test effectué après l'infraction peut ne pas représenter le taux d'élimination de M. MacDonald au moment des faits reprochés (d.a., p. 81), mais rien dans son témoignage ne laisse entendre que des facteurs comme le jeûne ou le type d'alcool consommé entraînent un taux d'élimination plus élevé. Le dossier n'indique pas comment ces variables influent sur les taux d'élimination. Je trouve extrêmement troublant et offensant que les tribunaux mettent en

an indication that the testing conditions were inadequate, on the basis that it does not adequately replicate the conditions at the time of interception. Testing conditions are in the domain of experts, not of the courts. Courts need evidence in order to question the weight of expert testimony. Moreover, Dr. Malicky's testimony in other cases where the Crown questioned testing conditions demonstrates how perilous it is for courts to speculate that the result of a post-offence test is biased in favour of an accused: *R. v. Milne* (2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331, and *R. v. Hughes*, [2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180.

[98] It is open to the Crown to undermine the weight of evidence of post-offence testing by either cross-examining the expert or adducing contradictory expert evidence. The Crown failed to do so at Mr. MacDonald's trial. I am unable to conclude, based on the expert evidence presented in court, that Dr. Malicky's post-offence testing is unpersuasive. Although Mr. MacDonald's elimination rate according to Dr. Malicky's test may not be the same as his rate on the day of the offence, nothing in the record suggests that any variation between the actual and tested elimination rates would be material or would cast doubt on the usefulness of the expert evidence.

[99] Nevertheless, Dr. Malicky's post-offence tests can constitute evidence to the contrary only if Mr. MacDonald's consumption scenario is found to be credible. The trial judge made no express findings on whether he accepted Mr. MacDonald's testimony about his consumption. He rejected Dr. Malicky's evidence on the basis that the midpoint of the straddle range was above the legal limit and that the food and the type of alcohol consumed had not been taken into account in the post-offence tests. Since he had dismissed Dr. Malicky's expert testimony, the trial judge found Mr. MacDonald guilty without making any findings concerning his credibility. This Court cannot enter an acquittal, as a finding on Mr. MacDonald's credibility would

doute la crédibilité de l'expert en écartant les tests effectués après l'infraction parce qu'ils ne reproduisent pas exactement les conditions qui existaient le jour de l'interpellation, alors que rien n'indique l'insuffisance des conditions dans lesquelles se déroulent les tests. Les conditions des tests relèvent du domaine des experts et non de celui des tribunaux. Ceux-ci ont besoin de preuve pour mettre en doute les témoignages d'experts. De plus, le témoignage de M. Malicky dans d'autres causes où le ministère public remettait en question les conditions des tests démontre qu'il est dangereux pour les tribunaux de supposer que le résultat d'un test effectué après l'infraction est faussé en faveur de l'accusé : *R. c. Milne* (2006), 43 M.V.R. (5th) 167, 2006 ABPC 331, et *R. c. Hughes*, [2007] A.J. No. 740 (QL), 2007 ABPC 180.

[98] Le ministère public peut mettre en doute les tests effectués après l'infraction en contre-interrogeant l'expert ou en présentant une preuve d'expert qui contredit ces tests. Il ne l'a pas fait au procès de M. MacDonald. Me fondant sur la preuve d'expert présentée à l'audience, je ne peux conclure que les tests effectués par M. Malicky après l'infraction ne sont pas convaincants. Même si le taux d'élimination qu'il a mesuré par des tests peut ne pas être le même que le jour de l'infraction, rien dans le dossier n'indique que l'écart entre le taux d'élimination réel et celui mesuré par des tests est important ou jette un doute sur l'utilité de la preuve d'expert.

[99] Cependant, les tests effectués par M. Malicky après l'infraction ne peuvent constituer une preuve contraire que si le scénario de consommation de M. MacDonald est jugé crédible. Le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion expresse indiquant s'il acceptait le témoignage de M. MacDonald au sujet de sa consommation. Il a rejeté la preuve de M. Malicky parce que le point milieu du chevauchement se trouvait au-dessus de la limite légale et que les tests effectués après l'infraction ne prenaient pas en compte les aliments consommés et le type d'alcool absorbé. Comme il a rejeté le témoignage d'expert de M. Malicky, le juge du procès a déclaré M. MacDonald coupable sans formuler de conclusion quant à sa crédibilité. La Cour ne

have had to be made first. I would therefore allow the appeal, set aside the Court of Appeal's decision and order a new trial on the charge of driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit.

peut prononcer l'acquittement, car il aurait d'abord fallu établir une conclusion sur la crédibilité de M. MacDonald. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier la décision de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès à l'égard de l'accusation de conduite avec une alcoolémie dépassant la limite légale.

## 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),

. . .

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

(i) [Not in force]

(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.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

## 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) 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 :

(i) [Non en vigueur]

(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.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

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 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,

(A) [Not in force]

(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;

*Appeals dismissed, BINNIE and DESCHAMPS JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Robert Albert Gibson: Arnold, Pizzo, McKiggan, Halifax; Pressé & Mason, Bedford, N.S.; Garson, Pink, Halifax.*

*Solicitors for the appellant Martin Foster MacDonald: Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto.*

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 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 :

(A) [Non en vigueur]

(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;

*Pourvois rejetés, les juges BINNIE et DESCHAMPS sont dissidents.*

*Procureurs de l'appellant Robert Albert Gibson : Arnold, Pizzo, McKiggan, Halifax; Pressé & Mason, Bedford, N.-É.; Garson, Pink, Halifax.*

*Procureurs de l'appellant Martin Foster MacDonald : Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto.*



*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (31546): Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen (31613): Attorney General of Alberta, Calgary.*

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

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (31546) : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (31613) : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

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