

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Robert Crothwait *Respondent*.

1979: November 21, 22; 1980: May 6.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF
NEWFOUNDLAND, APPEAL DIVISION

Criminal law — Motor vehicles — Breathalyzer — Evidence — Certificate of analysis — Rebuttable presumption — Conclusive evidence 'in the absence of any evidence to the contrary' — Evidence required to constitute 'evidence to the contrary' — 'Mere possibility of inaccuracy' insufficient — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(1)(c), (f), 771(2), (3) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 24(1).

Respondent was seen driving a motorcycle in an erratic manner at around 1.35 a.m. He failed a preliminary breath test on a roadside screening device then went to a police station to be tested on a Borkenstein Breathalyzer. At trial, the statutory Certificate of Analyses was tendered as was a copy of the Instruction Manual issued by the manufacturer of the breathalyzer. The manual stated in part that "The temperature of the solution and room air must be within 1°C of each other if accurate answers are to be obtained". The technician admitted that when he made the check with the standard alcohol solution he noted the temperature of the solution but not the room temperature. The defence called as a witness a doctor in chemistry who did not claim to be an expert in breathalyzers and whose knowledge of these instruments was limited to careful readings of the Instruction Manual put in evidence by the Crown. This expert witness explained that there would be a difference in the reading if there was not an equilibrium of temperature between that of the room and that of the solution and that he would not put his signature to an analysis unless he had taken the two temperatures and unless they were the same. The magistrate dismissed the charge and his reasons were endorsed by the District Court Judge on the basis that the evidence indicated that the approved technician performed the tests in a manner that left the results open to uncertainty. This judgment was affirmed by the Appeal Division on the view that the failure of the technician to follow the prescribed mandatory procedure in testing the accuracy of the machine made the certificate inadmissible as evidence of the proportion of alcohol in the blood of the accused.

Held: The appeal should be allowed.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Robert Crothwait *Intimé*.

1979: 21, 22 novembre; 1980: 6 mai.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Véhicules à moteur — Alcootest — Preuve — Certificat d'analyse — Présomption simple — Preuve concluante «en l'absence de toute preuve contraire» — Preuve requise pour constituer une «preuve contraire» — Insuffisance du «simple risque d'inexactitude» — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(1)c, f, 771(2), (3) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 24(1).

Vers 1h35, on a vu l'intimé qui conduisait une motocyclette en zigzaguant. Il a échoué au test d'analyse d'haleine préliminaire sur place et a alors été emmené au poste de police pour subir un test sur un Breathalyzer Borkenstein. Au procès, le certificat d'analyse légal a été produit ainsi qu'un exemplaire du Guide d'emploi publié par le fabricant de l'éthylomètre. Le manuel dit notamment que «L'écart entre la température de la solution et la température de la pièce ne doit pas dépasser 1° C si l'on veut obtenir des résultats exacts». Le technicien a admis que lorsqu'il a fait le test avec la solution type d'alcool il a noté la température de la solution mais non celle de la pièce. La défense a cité comme témoin un docteur en chimie qui n'a pas prétendu être un expert en matière d'éthylomètre et pour qui la connaissance de ces instruments se limitait à la lecture attentive du Guide d'emploi produit en preuve par le ministère public. Ce témoin expert a expliqué qu'il y aurait une différence dans le relevé s'il n'y avait pas d'équilibre entre la température de la pièce et celle de la solution et qu'il n'apposerait pas sa signature à des analyses à moins de connaître les deux températures et à moins qu'elles soient identiques. Le magistrat a rejeté l'accusation et le juge de la Cour de district a endossé ses motifs parce que selon la preuve, le technicien approuvé a effectué les tests d'une façon telle que les résultats sont incertains. Ce jugement a été confirmé par la Division d'appel au motif que l'omission du technicien de suivre la procédure exigée et prescrite pour la vérification de l'exactitude de la machine rendait le certificat inadmissible comme preuve de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The certificate filed fully complied with s. 237(1)(f) of the *Criminal Code* and was by itself evidence of the results of the analyses. There is no implicit condition that the instrument used must be shown to be functioning properly and the technician to have followed the manufacturer's instructions in testing its accuracy. It is clear from the wording of the *Code* that the rebuttable presumption arises from the mere statements in the certificate itself. That a scientist would not sign a certificate of analysis is irrelevant. Parliament has prescribed the conditions and did not see fit to require a check test, and for good reason, it wanted its prohibition to be exactly enforceable. The certificate was evidence and the only question was whether there was evidence to the contrary sufficient at least to raise reasonable doubt. A review of the defence expert's evidence makes it clear that he did not show that the test could have been affected to such an extent as to affect the reading in what was not a borderline case (150 mg., i.e. 87 per cent in excess). The facts required for a conviction are established and a verdict of guilty should be entered without a need for a new trial.

R. v. Dygdala, [1977] 1 W.W.R. 104; *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101; *R. v. Fotti*, [1979] 1 W.W.R. 652, aff'd [1980] 1 S.C.R. 589, [1980] 4 W.C.B. 238; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Newfoundland, Appeal Division¹, affirming a judgment of Barry D.C.J.² acquitting respondent on a charge under s. 236 of the *Criminal Code*. Appeal allowed, conviction entered, case referred to the District Court of Newfoundland for sentencing and adjudication of costs at trial and in that Court.

Robert Hyslop, for the appellant.

Eric Facey, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal by leave of this Court from the judgment of the Court of Appeal of Newfoundland¹ affirming the judgment of Barry D.C.J. (loc. cit. at p. 200) who dismissed a

Le certificat déposé respecte entièrement les dispositions de l'al. 237(1)f) du *Code criminel* et fait preuve, en lui-même, des résultats des analyses. Il n'existe pas de condition implicite qu'il faut démontrer que l'instrument utilisé fonctionnait bien et que le technicien a suivi les directives du fabricant pour en vérifier l'exactitude. Il ressort clairement du texte du *Code* que les énoncés du certificat font naître par eux-mêmes la présomption simple. L'argument qu'un homme de science refuserait de signer un certificat d'analyse n'est pas pertinent. Le Parlement a établi les conditions et n'a pas jugé bon d'exiger un test de vérification. Pour de bonnes raisons, il voulait que l'on applique exactement son interdiction. Le certificat constitue une preuve et la seule question est de savoir s'il existait une preuve contraire suffisante pour soulever au moins un doute raisonnable. Il ressort clairement de l'examen de la preuve que le témoin expert de la défense n'a pas démontré que les tests ont pu être faussés au point de modifier le relevé dans ce qui n'est pas un cas limite (150 mg, c.-à-d. 87 pour cent de plus). Les faits requis pour une déclaration de culpabilité sont établis et un verdict de culpabilité doit être prononcé sans qu'un nouveau procès soit nécessaire.

Jurisprudence: *R. v. Dygdala*, [1977] 1 W.W.R. 104; *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101; *R. c. Fotti*, [1979] 1 W.W.R. 652, conf. par [1980] 1 R.C.S. 589, [1980] 4 W.C.B. 238; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de Terre-Neuve¹, qui a confirmé un jugement du juge Barry, de la Cour de district², qui avait acquitté l'intimé d'une accusation en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, déclaration de culpabilité prononcée, affaire renvoyée à la Cour de district de Terre-Neuve pour sentence et adjudication des dépens en première instance et en cette cour-là.

Robert Hyslop, pour l'appelante.

Eric Facey, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi formé avec l'autorisation de la Cour attaque un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve¹ qui confirme la décision du juge Barry, de la Cour de district, (loc. cit. à la

¹ (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 191.

² (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 200.

¹ (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 191.

² (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 200.

Crown appeal from the acquittal of respondent, Robert Crosthwait, by Magistrate Fowler on summary conviction proceedings. The accused was charged that he:

On or about the 10th day of September, A.D., 1977 at or near Gander, Newfoundland did unlawfully drive a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, contrary to Sec. 236 of the *Criminal Code* of Canada.

The evidence before the magistrate disclosed that the accused, driving a motorcycle around 1:35 a.m. in an erratic manner, was first requested to provide a breath sample for a preliminary test on a roadside screening device. Having failed the test, he was requested to accompany the officer to a police station for breath tests on a Borkenstein Breathalyzer. The officer was a qualified technician duly authorized and he made the required two breath analyses, each of which gave a reading of 150 milligrams per 100 millilitres of blood. Between the two breath analyses, the officer made a test with a standard alcohol solution and verified that the result of this test, based upon the temperature of this solution which he noted, came within the prescribed tolerance. Having completed the two breath tests, the officer made a certificate of the two analyses with a notice of intention to produce as evidence and immediately served this notice upon the respondent. The Certificate of Analyses reads:

CERTIFICATE OF ANALYSES

I, B. McNeil, being a person designated as a qualified technician, by the Attorney General of Newfoundland pursuant to section 237(6) of the *Criminal Code* of Canada,

DO HEREBY CERTIFY:

THAT at Gander in the Province of Newfoundland pursuant to a demand under section 235(1) of the *Criminal Code* of Canada, I did take two samples of the breath of a person identified to me as Robert Crosthwait;

THAT I did receive each of the said samples directly into a Borkenstein Breathalyzer, Model 900, an instrument approved for this purpose pursuant to section 237(6) of the *Criminal Code* of Canada;

p. 200) qui a rejeté un appel du ministère public contre l'acquittement de l'intimé, Robert Crosthwait, par le magistrat Fowler à l'issue de procédures en déclaration sommaire de culpabilité. L'accusé a été inculpé d'avoir:

[TRADUCTION] Le 10 septembre 1977 ou vers cette date, à Gander, (Terre-Neuve), ou dans les environs, conduit un véhicule à moteur alors qu'il avait consommé une quantité d'alcool telle que la proportion d'alcool dans son sang dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'art. 236 du *Code criminel* du Canada.

La preuve devant le magistrat a révélé que, vers 1h35, l'accusé conduisait une motocyclette en zigzaguant. Il a d'abord été requis de fournir sur place un échantillon d'haleine pour une analyse préliminaire au moyen d'un alcootest. Ayant échoué à ce test, il a été requis d'accompagner l'agent au poste de police pour subir des analyses d'haleine sur un Breathalyzer Borkenstein. L'agent était un technicien qualifié dûment autorisé et il a procédé aux deux analyses d'haleine exigées, dont chacune a donné pour résultat 150 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Entre les deux analyses, l'agent a fait un test avec une solution type d'alcool et s'est assuré que le résultat de ce test, d'après la température de cette solution qu'il a notée, se situait dans les limites de la tolérance prescrite. Ayant complété les deux analyses d'haleine, l'agent en a préparé un certificat avec un avis d'intention de le produire comme preuve et a immédiatement signifié cet avis à l'intimé. Le certificat se lit comme suit:

[TRADUCTION] CERTIFICAT DES ANALYSES

Je, B. McNeil, une personne que le procureur général de Terre-Neuve a désignée comme technicien qualifié aux fins de l'article 237(6) du *Code criminel* du Canada,

CERTIFIE:

QUE, à Gander, province de Terre-Neuve, conformément à une sommation en vertu de l'article 235(1) du *Code criminel* du Canada, j'ai prélevé deux échantillons de l'haleine d'une personne identifiée devant moi comme Robert Crosthwait;

QUE j'ai reçu chacun desdits échantillons directement dans un Breathalyzer Borkenstein, modèle 900, un instrument approuvé à cette fin conformément à l'article 237(6) du *Code criminel* du Canada;

THAT I did perform a chemical analysis of each of the said samples by means of the said instrument in which a solution suitable for use in the said instrument and identified as an ampoule of potassium dichromate reagent lot #67422 was used;

THAT I performed the said chemical analyses at Gander in the Province of Newfoundland;

THAT one of the said samples was taken at 2:18 a.m. on the 10th day of September, 1977, and that the result of the proper chemical analysis of this sample was 150 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood;

THAT another of the said samples was taken at 2:36 a.m. on the 10th day of September, 1977, and that the result of the proper chemical analysis of this sample was 150 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood;

I FURTHER CERTIFY:

THAT this certificate of analyses is true to the best of my skill and knowledge.

DATED this 10th day of September, 1977, at Gander in the Province of Newfoundland.

(J. B. McNeil)
Qualified Technician

At the trial, the officer who had made the breath analyses was called by the Crown. The Certificate was tendered in evidence and duly received. There was also put in evidence a copy of the Instruction Manual issued by the manufacturer of the breathalyzer used for the test. In the part of this manual dealing with the use of a standard alcohol solution for making a check on the accuracy of the instrument, there is the following sentence: "The temperature of the solution and room air must be within 1°C of each other if accurate answers are to be obtained". The technician admitted that when he made the check with the standard alcohol solution he noted the temperature of the solution, but not that of the room where the test was made. However, he said that the solution was taken by him from the locker in that same room where he kept the instrument itself.

The defence called as a witness a doctor in chemistry who did not claim to be an expert on the operation of breathalyzers. His knowledge of those instruments was limited to careful readings of the Instruction Manual which was put in evidence. The significant part of his testimony is as follows:

QUE j'ai effectué une analyse chimique de chacun desdits échantillons à l'aide dudit instrument dans lequel était utilisée une solution appropriée audit instrument, identifiée comme une ampoule de réactif au bichromate de potassium, lot #67422;

QUE j'ai effectué lesdites analyses chimiques à Gander, province de Terre-Neuve;

QU'un desdits échantillons a été prélevé à 2h18 le 10 septembre 1977 et que le résultat de l'analyse chimique appropriée de cet échantillon a été 150 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang;

QU'un autre desdits échantillons a été prélevé à 2h36 le 10 septembre 1977 et que le résultat de l'analyse chimique appropriée de cet échantillon a été 150 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

JE CERTIFIE DE PLUS:

QUE ce certificat d'analyse est véridique d'après ma connaissance et mon habileté.

FAIT ce 10 septembre, 1977, à Gander, province de Terre-Neuve.

(J. B. McNeil)
Technicien qualifié

Au procès, l'agent qui avait fait les analyses d'haleine a été cité par le ministère public. Le certificat a été produit comme preuve et dûment reçu. On a également produit comme preuve un exemplaire du Guide d'emploi publié par le fabricant de l'éthylomètre utilisé pour le test. Dans la partie de ce manuel qui traite de l'utilisation d'une solution type d'alcool pour vérifier l'exactitude de l'instrument, se trouve la phrase suivante: [TRADUCTION] «L'écart entre la température de la solution et la température de la pièce ne doit pas dépasser 1° C si l'on veut obtenir des résultats exacts.» Le technicien a admis que lorsqu'il a fait le test avec la solution type d'alcool il a noté la température de la solution mais non celle de la pièce. Cependant, il a dit qu'il avait pris la solution dans une armoire située dans la même pièce où se trouvait l'instrument.

La défense a cité comme témoin un docteur en chimie qui n'a pas prétendu être un expert dans le fonctionnement des éthylomètres. Sa connaissance de ces instruments se limitait à la lecture attentive du Guide d'emploi qui a été produit en preuve. Voici la partie importante de son témoignage:

A. Any pure liquid or any solution tends to put one or more of its components into the vapour phase above the solution. The amount of the component which goes into the vapour phase depends directly on the temperature. To have a definitely established amount of substance in the vapour phase and that is what we are doing here, we are saying there will be a definitely established amount of alcohol in the vapour phase, we need for the solution to have reached equilibrium with its surroundings. Most importantly, this equilibrium involves the temperature of the surroundings. If one were to take a reading when the solution when not in equilibrium with its surroundings and then take a reading a little while later, the two readings of the amount of substance in the vapour phase would be different and they would constantly change until equilibrium is reached. Without actually carrying out a research program, I would not be able to state how much the difference would be, how much the change would be. But in any solution this would be the same. If one has the solution at a different temperature, reads the temperature in the solution and then takes a reading, leaves it a few minutes or a certain time, takes another reading, then the values of the amount of whatever we are looking at in the vapour phase would be different. Eventually, when the two, the solution and the surroundings were in equilibrium, no matter how long you took between readings, they would always come out the same. Once equilibrium has been reached.

Q. Now, you've had an opportunity to familiarize yourself with the contents of that manual? A. Yes.

Q. Is it reasonable to assume that two substances, namely air and water, because they may be in the same room, one being locked in a cupboard at a lower altitude than the other, that these two substances, that is the ambient air and the solution would be within one degree centigrade of each other? A. What one can say about this Your Honour and I'll have to edge it around because one hasn't seen where the things are kept and so on, as one knows from one's own house, the temperature around the thermostat for example within a room may record 70 degrees Fahrenheit and yet one knows that another portion of the room the temperature is not 70 degrees Fahrenheit, it may be higher or it may be lower. Consequently, it is possible for temperatures to vary between where the solution was stored and the general area where the test was carried out, it is possible.

A. I would not put my signature to an analyses unless I had got the two temperatures and unless they were the same.

[TRADUCTION] R. Tout liquide pur ou solution tend à transformer un ou plusieurs de ses éléments en vapeur à la surface. La quantité de l'élément transformée en vapeur dépend directement de la température. Pour obtenir une quantité bien définie de substance à l'état de vapeur, et c'est ce que l'on fait ici, on dit qu'une quantité bien définie d'alcool se transformera en vapeur, la solution doit être en équilibre avec l'air ambiant. Il est très important que cet équilibre se fasse avec la température de l'air ambiant. Si l'on fait un relevé lorsque la solution n'est pas en équilibre avec l'air ambiant puis qu'on en fasse un autre un peu plus tard, les deux relevés de la quantité de substance transformée en vapeur seront différents et ils varieront continuellement jusqu'au moment où l'équilibre sera atteint. Sans effectuer tout un programme de recherches, je suis incapable de dire quelle serait la différence, quel serait le changement. Mais il en serait de même pour toute solution. Prenez une solution à une température différente, vérifiez sa température et faites ensuite un relevé, attendez quelques minutes ou un certain temps, faites un autre relevé, alors le chiffre de la quantité de ce que vous vérifiez à la phase vapeur sera différent. Finalement, lorsque les deux, la solution et l'air ambiant, seront en équilibre, les relevés seront toujours les mêmes quel que soit l'intervalle; une fois que l'équilibre est atteint.

Q. Maintenant, avez-vous eu la possibilité de vous familiariser avec le contenu de ce guide? R. Oui.

Q. Est-il raisonnable de présumer que deux substances, savoir l'air et l'eau, parce qu'elles se trouvent dans la même pièce, l'une étant dans une armoire moins élevée que l'autre, que la température de ces deux substances, savoir l'air ambiant et la solution, ne varierait pas plus d'un degré Celsius l'une de l'autre? R. Ce que l'on peut dire à ce sujet, Votre Seigneurie, et il faut être prudent lorsque l'on n'a pas vu l'endroit où les articles sont entreposés, etc., comme chacun de nous a pu le constater chez soi, par exemple, dans une pièce, la température relevée près du thermostat peut être de 70 degrés Fahrenheit et, pourtant, nous savons que dans une autre partie de la pièce la température n'est pas 70 degrés Fahrenheit, elle peut être plus élevée ou plus basse. Par conséquent, il est possible que la température à l'endroit où était entreposée la solution et la température à l'endroit où le test a été effectué aient été différentes, c'est possible.

R. Je n'apposerais pas ma signature à des analyses à moins de connaître les deux températures et à moins qu'elles soient identiques.

Magistrate Fowler stated his reasons for dismissing the charge in these words:

... This particular case rests on two factors as presented by way of defence, the first being whether or not the taking of the room temperature is essential to the proper and correct operation of the breathalyzer machine. It is this Court's understanding that once the machine is ready to receive its first human breath sample and in fact does so, the reading is recorded and then it is checked by a device known as an equilibrator to ensure its proper functioning. If the technician is satisfied that the machine is working properly, he then takes the required second sample of human breath and once again prepares the machine and records the reading. The problem now arises, whether or not the test performed to determine the proper functioning of the breathalyzer machine was in itself a proper test, insofar as the parameters of the equilibrator are concerned; that is the temperature and the concentration of alcohol in the solution. The manual which has been entered as Exhibit #2, BM#2, the Breathalyzer Model 900 Instruction Manual, states on page 26, and I quote from that Exhibit, "room air pumped through water containing alcohol will take on a definite amount of alcohol controlled by the concentration of alcohol in the solution and the temperature. The temperature of the solution and room air must be within one degree celcius of each other if accurate answers are to be obtained". On page 27 of the same manual, it is stated, "check the temperature of the solution to see that it is close to room temperature." Notwithstanding the chart on page 27 of the same manual, which no doubt was derived knowing the parameters or variables of temperature and alcohol content by the producers of the manual, the test of the machine's accuracy is done using an "equilibrator", in a room with the specific temperature, and that temperature must be recorded in order to determine its deviation, if any, from that of the air and alcohol-water solution. If this is not done, the technician does not know if his test on the machine yields a correct reading. In the case before the bar today, Cst. McNeil, the technician, stated, and I'm paraphrasing the Constable's statement, that if he didn't get a correct reading the machine would not function properly and the reading would be disqualified. He further stated that if the proper procedure was followed nothing could go wrong. He also stated that he did not take and record the room temperature but that since the standard alcohol solution test worked out, then the room temperature and the air-alcohol solution temperature must be within one degree celcius of each other. In effect he was saying that since the test worked out, the machine worked out, and since the machine worked, therefore the test worked. The obvious question

Le magistrat Fowler a énoncé, comme suit, les motifs pour lesquels il a rejeté l'accusation:

[TRADUCTION] (...) Cette affaire dépend de deux facteurs soumis en défense. Le premier est de savoir s'il est essentiel de vérifier la température de la pièce pour assurer le bon fonctionnement de l'éthylomètre. Il appert que lorsque l'appareil est prêt à recevoir le premier échantillon d'haleine humaine et le reçoit, le résultat est noté et est ensuite vérifié par un dispositif connu sous le nom d'équilibreur pour en vérifier le bon fonctionnement. Si le technicien est convaincu que l'appareil fonctionne bien, il prend ensuite le second échantillon d'haleine humaine, prépare de nouveau l'appareil et note le résultat. Il s'agit maintenant de savoir si le test effectué pour déterminer le bon fonctionnement de l'éthylomètre était lui-même un bon test en ce qui a trait aux paramètres de l'équilibreur; c'est-à-dire la température et la concentration d'alcool dans la solution. Le guide qui a été produit comme pièce 2, BM #2, le Guide d'emploi du Breathalyzer, modèle 900, explique, à la page 26, et je cite un passage de cette pièce, «de l'air ambiant qui circule dans de l'eau contenant de l'alcool retiendra une quantité définie d'alcool selon la concentration d'alcool dans la solution de la température. L'écart entre la température de la solution et la température de la pièce ne doit pas dépasser un degré Celsius si l'on veut obtenir des résultats exacts». A la page 27 du même guide, on peut lire «vérifier la température de la solution pour vous assurer qu'elle est proche de celle de la pièce.» Malgré le tableau à la page 27 du même guide, que les auteurs ont, sans aucun doute, préparé en connaissant les paramètres ou les écarts de température et de teneur en alcool, le test pour vérifier l'exactitude de l'appareil est effectué avec un «équilibreur», dans une pièce ayant une température déterminée, et cette température doit être notée afin de déterminer l'écart, le cas échéant, entre celle de l'air et celle de la solution d'eau et d'alcool. Sinon, le technicien ne sait pas si le test effectué avec l'appareil donne un résultat exact. Dans l'affaire soumise à la cour aujourd'hui, le constable McNeil, le technicien, a déclaré, et je paraphrase sa déclaration, que s'il n'obtenait pas un résultat correct, l'appareil fonctionnait mal et le résultat serait rejeté. Il a ajouté que si la procédure appropriée était suivie il ne pouvait y avoir d'erreur. Il a dit également qu'il n'a pas vérifié la température de la pièce et qu'il ne l'a pas notée mais que, puisque le test avec la solution type d'alcool a fonctionné, il ne devait pas y avoir un écart de plus d'un degré Celsius entre la température de la pièce et celle de la solution type d'eau et d'alcool. En somme il disait que puisque le test a réussi, l'appareil a fonctionné et que puisque l'appareil a fonctionné le test a réussi. La question qu'il faut évidemment se poser est «qu'arrive-

now then that has to be considered is "what if both the machine and the equilibrator were in error?" The only answer would be that the degree of error would be absolutely unknown. The only way to accurately perform the test of the breathalyzer machine's proper functioning is with a good equilibrator test. In the evidence of Dr. Newlands, the expert chemist, he stated that he has had twenty-two years experience in the field of chemistry and is head of the Department of Chemistry at Memorial University of Newfoundland. He further states to have a definitely established amount of alcohol in the vapour stage, the solution must reach equilibrium with its surroundings, most importantly the temperature of its surroundings. He further states you could not assume both temperatures to be the same. A good equilibrator test would require, I am not quoting this particular point now by Dr. Newlands, this is the Court's words, a good equilibrator test would require the room temperature to be known as well as the concentration of alcohol in the solution. The distinction between this case and the case of *R. vs. Dygdala* in the Supreme Court of Alberta is that the instructional manual was not entered in that case as well as no expert chemical evidence was entered to assist in interpreting the principles of the chemistry involved. Referring to use of the equilibrator, on page 26 of the Instructions Manual for the Model 900 Breathalyzer under the heading "Use of the Equilibrator", which one would have to assume from this piece of evidence defines the functionality of that particular equilibrator, without the temperature noted, the instruction manual's reference to the use of the equilibrator becomes meaningless and it does indeed give rise to a reasonable doubt as to the accuracy of the recorded blood-alcohol ratio of this particular accused. There are other factors in this case, however, the case rests primarily on the issue just considered, and consequently having said what I have just said, I find that I cannot enter a conviction in this particular matter and I enter a finding of 'not guilty'. The case is dismissed against Mr. Crosthwait.

These reasons were endorsed by Barry D.C.J. who, after quoting extensively from the evidence and reviewing cases including *Dygdala*³ concluded as follows (at p. 214):

While the Code places a great responsibility and power in the hands of an approved technician in making a determination of the blood-alcohol level of an accused person, it also requires of him that he perform his test

³ *sub nom. R. v. Dygdala*, [1977] 1 W.W.R. 104 (Alta. C.A.).

t-il si l'appareil et l'équilibreur ne sont pas exacts?» La seule réponse serait que l'on ignorerait complètement l'importance de l'erreur. La seule façon d'effectuer avec exactitude le test du bon fonctionnement de l'éthylomètre est de faire un bon test de l'équilibreur. Dans son témoignage, M. Newlands, l'expert-chimiste, a déclaré qu'il a vingt-deux ans d'expérience dans le domaine de la chimie et qu'il est chef du Département de chimie à l'Université Memorial de Terre-Neuve. Il a de plus déclaré que pour avoir une quantité bien précise d'alcool lors de l'évaporation, la solution doit être en équilibre avec la température ambiante, principalement avec l'air ambiant. Il a ajouté que l'on ne peut pas présumer que les deux températures sont les mêmes. Un bon test de l'équilibreur exige, je ne cite pas textuellement M. Newlands sur ce point mais c'est ce que j'en déduis, un bon test de l'équilibreur exige que l'on connaisse la température de la pièce de même que la concentration d'alcool dans la solution. La distinction à faire entre la présente espèce et l'affaire *R. v. Dygdala* en Cour suprême de l'Alberta est que dans l'affaire *Dygdala* le guide d'emploi n'a pas été produit en preuve et qu'aucun expert-chimiste n'a témoigné pour aider à interpréter les principes de chimie en cause. Si l'on se réfère à l'utilisation de l'équilibreur à la page 26 du Guide d'emploi du Breathalyzer, modèle 900, sous le titre «Utilisation de l'équilibreur», qui, on peut le présumer d'après cette pièce, définit le fonctionnement de cet équilibreur en particulier, le renvoi dans le guide d'emploi à l'utilisation de l'équilibreur devient inutile si la température n'est pas notée et soulève en fait un doute raisonnable quant à l'exactitude de l'alcoolémie enregistrée chez cet accusé. Il y a d'autres facteurs en l'espèce, mais l'affaire repose principalement sur la question que je viens d'examiner, et par conséquent, compte tenu de ce que je viens de dire, je suis d'avis que je ne peux prononcer une déclaration de culpabilité en l'espèce et je conclus à la «non-culpabilité». L'accusation contre M. Crosthwait est rejetée.

Le juge Barry, de la Cour de district, a endossé ces motifs et, après avoir cité de longs passages de la preuve et examiné la jurisprudence, y compris l'arrêt *Dygdala*³, a conclu comme suit (à la p. 214):

[TRADUCTION] Le Code confie une grande responsabilité et un vaste pouvoir au technicien approuvé pour déterminer l'alcoolémie d'une prévenu, mais il exige également qu'il effectue son test convenablement, en

³ *sub nom., R. v. Dygdala*, [1977] 1 W.W.R. 104 (C.A. Alb.)

properly, using approved apparatus and materials. The evidence of Dr. Newlands is that he performed such tests in a manner as to leave the results open to question or uncertainty. In my view that is unquestionably evidence to the contrary within the meaning of section 237(1)(c). The learned magistrate was right in accepting his testimony as to the principles involved in the conduct of the standard alcohol solution tests, and of his critical appraisal of the method used by the approved technician in this case. Accordingly I hereby confirm the decision of the learned magistrate and dismiss this appeal.

On appeal Morgan J.A. with whom Furlong C.J.N. and Gushue J.A. concurred, said on the main issue (at pp. 198-200):

In my view the rebuttable presumption of the proportion of alcohol in the blood of an accused that arises under Sec. 237(1)(c) can only arise when it is made clear that all the conditions prescribed by that section have been fulfilled. As I read the provisions of Sec. 237, the accused is entitled to challenge the statements contained in the certificate and if the information elicited on cross-examination reveals that any one of the prescribed statutory conditions has not, in fact, been fulfilled, the certificate itself cannot be relied on as evidence of the proportion of alcohol in the accused's blood.

One of the statutory prerequisites is that a chemical analysis of each sample be made by means of an approved instrument operated by a qualified technician. An approved instrument being defined as,

“... an instrument of a kind that is designed to receive and make a chemical analysis of a sample of the breath of a person in order to measure the proportion of alcohol in the blood of that person and that is approved as suitable for the purposes of this section by order of the Attorney General of Canada”,

Borkenstein Breathalyzer Model 900 is an approved instrument within the meaning of that section.

In this case the qualifications of the technician is not in issue but objection was taken as to the accuracy of the particular instrument used by him.

A breathalyzer Instruction Manual is supplied with each machine for the information and guidance of operators. In addition to providing a check list of the proper steps to be taken by the operator to eliminate error in conducting the breath sample test, the Manual makes provision for the testing of the machine itself to ensure

utilisant un instrument et des solutions approuvés. M. Newlands a témoigné que les tests ont été effectués d'une façon telle que les résultats sont contestables ou incertains. A mon avis, il s'agit là sans aucun doute d'une preuve contraire au sens de l'al. 237(1)c). Le savant magistrat a eu raison d'accepter son témoignage quant aux principes en jeu dans les tests avec la solution type d'alcool, et sa critique de la méthode utilisée par le technicien approuvé en l'espèce. Par conséquent, je confirme la décision du savant magistrat et rejette cet appel.

En appel, le juge Furlong, juge en chef de Terre-Neuve, et le juge Gushue ont souscrit à l'avis du juge Morgan qui a dit sur la question principale (aux pp. 198 à 200):

[TRADUCTION] A mon avis, la présomption simple de la proportion d'alcool dans le sang d'un prévenu, créée par l'al. 237(1)c), n'existe que lorsque l'on établit avec certitude que toutes les conditions prévues par cet article ont été respectées. Si je comprends bien les dispositions de l'art. 237, le prévenu peut contester les déclarations contenues dans le certificat et, si les renseignements obtenus au contre-interrogatoire révèlent que l'une ou l'autre des conditions prescrites par la loi n'a pas, en fait, été respectée, le certificat lui-même ne peut être produit comme preuve de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu.

L'une des conditions de la loi est que l'analyse chimique de chaque échantillon soit faite au moyen d'un instrument approuvé manipulé par un technicien qualifié. Un instrument approuvé est défini comme,

«... un instrument d'un genre destiné à recueillir un échantillon de l'haleine d'une personne et à en faire l'analyse chimique en vue de mesurer la proportion d'alcool dans le sang de cette personne et qui est approuvé comme instrument approprié aux fins du présent article par ordonnance du procureur général du Canada;»

Le Breathalyzer Borkenstein, modèle 900, est un instrument approuvé au sens de cet article.

En l'espèce, la compétence du technicien n'est pas en litige, mais on a soulevé une objection quant à l'exactitude de l'instrument même qu'il a utilisé.

Un guide d'emploi de l'éthylomètre est fourni avec chaque appareil pour instruire et guider les opérateurs. En plus d'indiquer la marche à suivre pour éviter toute erreur dans le test de l'échantillon d'haleine, le Guide donne des directives pour vérifier l'appareil lui-même et s'assurer de l'exactitude du résultat obtenu. Ce test

the accuracy of the reading obtained. This test involves the use of the equilibrator in which the standard alcohol solution is placed. With respect to the use of the equilibrator the Manual prescribes that when the alcohol solution is being performed the temperature of the solution and room air must be within 1°C of each other if accurate answers are to be obtained.

The importance of ensuring that the solution and room air are within 1°C of each other if accurate answers are to be obtained was re-emphasized by Dr. Newlands in his evidence to which I have already referred. It was admitted that the technician did not take the room temperature when testing the machine. Because the reading obtained was within 10 milligrams of the predetermined reading on his chart he assumed that the solution and room temperature were within the prescribed limits of each other and thus the machine was functioning properly. An assumption he was not entitled to make without knowing the room temperature.

In my opinion, it is implicit in the statutory approval of a class of instruments that a particular instrument of that class is functioning properly. The failure on the part of the technician to follow the prescribed mandatory procedure in testing the accuracy of the machine meant that the reliability of that particular machine was left in doubt and therefore he could not certify the accuracy of the reading obtained on the blood samples tests, as required by statute. The certificate then cannot be said to have been in strict accord with the statutory provision which is a prerequisite to the admissibility of the certificate as proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused. There being no other evidence adduced the accused was properly acquitted and the learned District Court Judge quite properly affirmed the Magistrate's judgment.

I would accordingly dismiss the appeal.

Subsection 236(1) under which the accused was charged reads:

236. (1) Every one who drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable . . .

Respecting evidence in prosecutions under this provision, paras. (c) and (f) of subs. 237(1) provide:

237. (1) In any proceeding under Section 234 or 236,

comprend l'utilisation de l'équilibreur dans lequel la solution type d'alcool est mise. Relativement à l'utilisation de l'équilibreur, le Guide dit que lorsque l'on fait le test avec la solution type d'alcool l'écart entre la température de la solution et celle de la pièce ne doit pas dépasser 1° C si l'on veut obtenir des résultats exacts.

Dans son témoignage dont j'ai déjà fait mention, M. Newlands a insisté sur l'importance de s'assurer que la différence entre la température de la solution et celle de la pièce ne dépasse pas 1° C si l'on veut obtenir des résultats exacts. Il a été admis que le technicien n'a pas noté la température de la pièce en vérifiant l'appareil. Parce que l'écart entre le résultat obtenu et le chiffre figurant au tableau était inférieur à 10 milligrammes, il a présumé que la différence entre la température de la solution et celle de la pièce se situait dans les limites prévues et qu'ainsi l'appareil fonctionnait bien. Il ne pouvait présumer ce fait sans connaître la température de la pièce.

A mon avis, l'approbation par la loi d'une catégorie d'instruments implique que chaque instrument de cette catégorie fonctionne bien. L'omission du technicien de suivre la procédure exigée et prescrite pour la vérification de l'exactitude de l'appareil laissait planer un doute sur l'exactitude de cet appareil et il ne pouvait donc certifier l'exactitude de résultat des analyses des échantillons comme l'exige la loi. On ne peut donc dire que le certificat respectait les conditions que la loi fixe pour l'admissibilité comme preuve de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu. Puisque aucune autre preuve n'a été produite, l'acquittement du prévenu était justifié et le savant juge de la Cour de district a eu raison de confirmer la décision du magistrat.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Le paragraphe 236(1) aux termes duquel le prévenu a été inculpé se lit comme suit:

236. (1) Le conducteur d'un véhicule à moteur ou la personne en ayant la garde à l'arrêt dont le taux d'alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et passible, . . .

Relativement à la preuve dans des poursuites en vertu de cette disposition, les al. 237(1)c) et f) prévoient:

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236,

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), if

- (i) not proclaimed
- (ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time, 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) a chemical analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the chemical analyses so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the proportion 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 proportion determined by such analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the proportions determined by such analyses;

(f) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), a certificate of a qualified technician stating

- (i) that each chemical analysis of the samples has been made by means of an approved instrument operated by him in which a substance or solution suitable for use in that approved instrument and identified in the certificate was used,
- (ii) the results of the chemical analyses so made, and
- (iii) if the samples were taken by him,

(A) not proclaimed

(B) the time when and the 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,

c) lorsque des échantillons de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1),

- (i) non proclamé,
- (ii) si chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment, le second l'ayant été au moins quinze minutes après le premier,
- (iii) si chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié, et
- (iv) si une analyse chimique de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

la preuve des résultats des analyses chimiques ainsi faites fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, du taux d'alcoolémie dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est alléguée avoir 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;

f) lorsque des échantillons de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), un certificat d'un technicien qualifié énonçant

- (i) que chaque analyse chimique des échantillons a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par lui et dans lequel a été utilisée une substance ou solution propre à être utilisée dans cet instrument approuvé et identifiée dans le certificat,
- (ii) que les résultats des analyses chimiques ainsi faites, et
- (iii) dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons,

(A) non proclamé,

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

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

is evidence of the statements contained in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate.

Concerning para. (f) it must be noted that subs. 24(1) of the *Interpretation Act* (R.S.C. 1970, c. I-23) provides:

24. (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 shall be deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary.

In the instant case, the certificate filed at the trial fully complies with the conditions stated in para. (f). It was, therefore, by itself, evidence of the results of the analyses. With respect, I cannot agree that there is another implicit condition namely, that the instrument used must be shown to have been functioning properly, and the technician had followed the manufacturer's instructions in testing its accuracy. It is clear from the wording of the *Code* that the rebuttable presumption arises from the mere statements in the certificate itself. The presumption may no doubt be rebutted by evidence that the instrument used was not functioning properly but the certificate cannot be rejected on that amount. It may very well be that a scientist would not sign a certificate of analysis on the basis of the tests as performed by the technician, but this is irrelevant. Parliament has prescribed the conditions under which a certificate is evidence of the results of breath analyses and did not see fit to require evidence that the approved instrument was operating properly. Parliament did not see fit to require a check test be made with a standard alcohol solution and made reference only to the solution used for the actual test. Technicians are instructed to make a check test but the making of this test or its results have not been made conditions of the validity of the certificate and it has not been provided that the certificate would not be valid if it was not shown that the instrument had been maintained and operated in accordance with the manufacturer's instructions.

fait preuve des déclarations contenues dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de la signature de la personne par laquelle il paraît avoir été signé ni de la qualité officielle de cette personne.

Relativement à l'al. f), il faut remarquer que le par. 24(1) de la *Loi d'interprétation* (S.R.C. 1970, chap. I-23) dispose:

24. (1) Quand un texte législatif déclare qu'un document constitue la preuve d'un fait sans qu'il y ait, dans le contexte, une indication que le document est une preuve concluante, ce dernier est recevable comme preuve dans toutes procédures judiciaires et le fait est alors réputé établi en l'absence de toute preuve contraire.

En l'espèce, le certificat déposé au procès respecte entièrement les conditions énoncées à l'al. f). En lui-même il faisait donc preuve des résultats des analyses. Avec égards, je ne peux accepter qu'il existe une autre condition implicite savoir, qu'il faut démontrer que l'instrument utilisé fonctionnait bien et que le technicien avait suivi les directives du fabricant pour en vérifier l'exactitude. Il ressort clairement du texte du *Code* que les énoncés du certificat font naître par eux-mêmes la présomption simple. La présomption peut sans doute être réfutée par la preuve du mauvais fonctionnement de l'instrument utilisé, mais le certificat ne peut être rejeté pour ce motif. Il se peut fort bien qu'un homme de science refuserait de signer un certificat d'analyse fondé sur les tests effectués par le technicien, mais cela n'est pas pertinent. Le Parlement a établi les conditions auxquelles un certificat fait preuve des résultats des analyses d'haleine et n'a pas jugé bon d'exiger la preuve que l'instrument approuvé fonctionnait bien. Le Parlement n'a pas jugé bon d'exiger qu'un test de vérification soit effectué avec une solution type d'alcool; il n'a parlé que de la solution utilisée pour le test de l'haleine. On recommande bien aux techniciens d'effectuer un test de vérification, mais ce test ou ses résultats n'ont jamais été exigés comme condition de la validité du certificat et il n'a pas été prévu que le certificat serait invalide si l'on ne prouvait pas que l'instrument avait été entretenu et utilisé conformément aux directives du fabricant.

There is no need to dwell on the reasons for which Parliament did not specify those additional conditions, they are obvious. In *R. v. Moreau*⁴, Beetz J. said (at p. 273):

... one of the reasons if not the only reason why Parliament prescribed the use of approved instruments must have been that it wanted its precise prohibition to be exactly enforceable. This intent would be frustrated if approved instruments were treated as ordinary instruments.

This does not mean that the accused is at the mercy of the technician: while the certificate is evidence by itself, the facts of which it is evidence are "deemed to be established only in the absence of any evidence to the contrary". Thus, any evidence tending to invalidate the result of the tests may be adduced on behalf of the accused in order to dispute the charge against him. As was pointed out in *R. v. Proudlock*⁵, it is not necessary in such cases that the rebutting evidence should do more than raise a reasonable doubt and, of course, this evidence may be sought in depositions given by witnesses of the Crown as well as in depositions of defence witnesses. Therefore, in my view, the situation here is that the certificate was evidence of the results of the analyses by virtue of the express provisions of the *Criminal Code*, however, the further question remained: Was there any evidence to the contrary sufficient at least to raise a reasonable doubt?

The evidence on the basis of which the accuracy of the results of the breath tests was questioned may be briefly summarized. The tests themselves were not disputed, what was challenged was the check test with the standard alcohol solution. It was pointed out that, according to the Instruction Manual, for accurate results, the temperature of the solution and room air must be within 1°C of each other. The technician did record the solution temperature, he did not verify that it was within 1°C of the air temperature of the room in which it was kept and the defence expert witness says it is possible that it did differ by more than 1°C. As to the influence this may have had on the accuracy of

Il n'est pas nécessaire de traiter longuement des motifs pour lesquels le Parlement n'a pas prévu ces conditions additionnelles, ils sont évidents. Dans *R. c. Moreau*⁴, le juge Beetz a dit (à la p. 273):

... une des raisons, pour ne pas dire la seule raison, pour laquelle le Parlement a prescrit l'utilisation d'instruments approuvés devait être la volonté que l'on applique exactement une interdiction précise. Cette intention serait lettre morte si les instruments approuvés étaient traités de la même manière que les instruments ordinaires.

Cela ne signifie pas que le prévenu est à la merci du technicien: bien que le certificat constitue par lui-même une preuve, les faits qu'il établit sont «réputé(s) établi(s) seulement en l'absence de toute preuve contraire». Ainsi, toute preuve qui tend à invalider le résultat des tests peut être produite au nom de l'accusé afin de contester l'acquisition portée contre lui. Comme on l'a dit dans *R. c. Proudlock*⁵, il n'est pas nécessaire en pareil cas que la preuve contraire soulève plus qu'un doute raisonnable et, bien sûr, cette preuve peut être puisée autant dans les dépositions des témoins du ministère public que dans celles des témoins de la défense. A mon avis, en l'espèce le certificat faisant preuve des résultats des analyses en vertu des dispositions expresses du *Code criminel*, cependant, une autre question demeure: existait-il une preuve contraire suffisante pour soulever au moins un doute raisonnable?

La preuve sur laquelle on s'est basé pour mettre en doute l'exactitude des résultats des analyses d'haleine peut être résumée brièvement. On ne conteste pas les tests eux-mêmes, mais bien le test de vérification avec la solution type d'alcool. On a fait remarquer que, selon le Guide d'emploi, pour obtenir des résultats exacts, l'écart entre la température de la solution et la température de la pièce ne doit pas dépasser 1°C. Le technicien a noté la température de la solution mais n'a pas vérifié si elle variait de moins d'un degré de la température de la pièce où elle était gardée, et le témoin expert de la défense a dit qu'il était possible que l'écart ait été de plus de 1°C. Quant aux répercussions

⁴ [1979] 1 S.C.R. 261.

⁵ [1979] 1 S.C.R. 525.

⁴ [1979] 1 R.C.S. 261.

⁵ [1979] 1 R.C.S. 525.

the results of the check test, he says: "Without actually carrying out a research program, I would not be able to state how much difference would be, how much the change would be".

After examining the whole of the evidence of Dr. Newlands, I find that it does not provide any evidence of a probability of a difference of more than 1°C and no evidence of how or whether such a possible difference could have influenced the results of the test to a significant extent. In this connection I feel that it is important to note that this is not a borderline case concerning the excess blood alcohol above the allowable maximum of 80 milligrams. The two breath tests disclosed 150 milligrams, that is 87 per cent in excess. There is no suggestion in the evidence that any conceivable difference between room air and alcohol solution temperature could have affected the validity of the check test to such an extent as to conceal a malfunction of this order of magnitude.

I am therefore of the opinion that the evidence of Dr. Newlands does not constitute evidence to the contrary under s. 237(1)(c) of the *Criminal Code*. Mere possibility of some inaccuracy will not assist the accused. What is necessary to furnish evidence to the contrary is some evidence which would tend to show an inaccuracy in the breathalyzer or in the manner of its operation on the occasion in question of such a degree and nature that it could affect the result of the analysis to the extent that it would leave a doubt as to the blood alcohol content of the accused person being over the allowable maximum. There is no such evidence before the Court in the case at bar. Dr. Newlands' testimony, taken at its face value, does not supply it. It merely affords evidence of a mere possibility of some inaccuracy in the check test, but no evidence as to the extent of such inaccuracy in the case at bar or as to the possibility or probability of the effect which any such inaccuracy might have had upon the results of the breath analysis. The certificate therefore remains uncontradicted.

At the hearing in this Court, counsel for the appellant referred to the unreported judgment in *R. v. Furey*, a Newfoundland Provincial Court

que cela peut avoir sur l'exactitude des résultats du test de vérification il dit: [TRADUCTION] «Sans effectuer tout un programme de recherches, je suis incapable de dire quelle serait la différence, quel serait le changement».

Ayant examiné tout le témoignage de M. Newlands, je conclus qu'il ne fournit aucune preuve de la probabilité d'un écart de plus de 1°C et aucune preuve de l'importance que l'écart possible a eu ou aurait pu avoir sur les résultats du test. A cet égard, il importe de souligner qu'il ne s'agit pas d'un cas limite concernant l'excès d'alcool dans le sang au-delà du maximum permis de 80 milligrammes. Le résultat des deux analyses d'haleine est 150 milligrammes, c'est-à-dire 87 pour cent de plus. Rien dans la preuve n'indique qu'il ait pu exister entre la température de la pièce et celle de la solution type d'alcool un écart tel qu'il ait pu fausser le test de vérification au point de dissimuler un mauvais fonctionnement de cette importance.

Je suis donc d'avis que le témoignage de M. Newlands ne constitue pas une preuve contraire au sens de l'al. 237(1)(c) du *Code criminel*. La simple possibilité d'une inexactitude n'est d'aucun secours à l'accusé. Ce qui est nécessaire pour constituer une preuve contraire est une preuve qui tend à démontrer une inexactitude de l'éthylomètre, ou de son fonctionnement à cette occasion, d'un degré et d'une nature tels qu'elle pourrait modifier le résultat des analyses au point de rendre douteux que la concentration d'alcool dans le sang du prévenu ait été supérieure au maximum permis. Il n'y a pas de preuve semblable en l'espèce devant la Cour. Le témoignage de M. Newlands ne le démontre pas. Il ne fournit la preuve que d'une possibilité d'inexactitude dans le test de vérification, sans aucune indication de l'étendue de cette inexactitude en l'espèce ou de l'effet possible ou probable de cette inexactitude sur les résultats de l'analyse d'haleine. Le certificat demeure donc non contredit.

A l'audition devant la Cour, l'avocat de l'appellante a fait mention de la décision non publiée de la Cour provinciale de Terre-Neuve dans l'affaire

case, where reference was made to scientific literature and experiments designed to show the extent of the influence of differences between room air temperature and standard alcohol solution temperature in performing a check test on a Borkenstein Breathalyzer; the variation was not significant amounting only to a few milligrams. I do not find it necessary to consider whether this being a matter of science, judicial notice could be taken of those facts. It does not appear to me that there is any need in the instant case to go into that question.

In my view in order to conclude that there was no evidence before the Magistrate to rebut the certificate, it is enough to note that the only evidence was merely of a possibility of a temperature difference without any indication that this could have affected the results to a significant extent. While it is for the trier of fact to weigh the evidence, the question whether there is any evidence is a question of law and an acquittal based on doubt resting on a conjectural possibility will be set aside: *Wild v. The Queen*⁶.

Seeing that all the facts required for the conviction are established by the evidence, there is no need for a new trial, and the proper order is to enter a verdict of guilty as was done by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Fotti*⁷, (affirmed by this Court, February 7, 1980⁸).

Concerning the sentence, it appears to me that the proper order in the circumstances would be to return the case to the first court of appeal, that is, the District Court of Newfoundland, in order that, after hearing the parties, it may pass sentence and also adjudicate on costs at trial and in that Court. I would not award costs on the second appeal, however, I must point out that Morgan J.A. was in error in holding that, by virtue of subs. 610(3) of the *Criminal Code*, no costs would be allowed in that Court. These being summary conviction proceedings, the appeal to that Court was governed by s. 771 of the *Criminal Code*, subss. (2) and (3) of which provide:

R. v. Furey, où on a cité de la documentation scientifique et des expériences pour démontrer l'étendue de l'influence de l'écart entre la température de la pièce et celle de la solution type d'alcool sur un test de vérification d'un Breathalyzer Borkenstein; la différence n'était pas importante, quelques milligrammes seulement. Je m'abstiens d'examiner si l'on pourrait prendre connaissance d'office de ces faits parce qu'il s'agit d'une question scientifique. C'est qu'en l'espèce cela ne me paraît aucunement nécessaire.

A mon avis, pour conclure qu'il n'y avait aucune preuve devant le magistrat pour réfuter le certificat, il suffit de constater que la seule preuve consistait en la possibilité d'un écart de température, sans aucune indication que cela aurait pu modifier les résultats d'une façon notable. Bien qu'il appartienne au juge des faits de peser la preuve, la question de savoir s'il y a preuve est une question de droit et un acquittement fondé sur un doute découlant d'une possibilité conjecturale sera infirmé: *Wild c. La Reine*⁶.

Puisque tous les faits requis pour la déclaration de culpabilité sont établis par la preuve, un nouveau procès n'est pas nécessaire et la conclusion appropriée est de prononcer un verdict de culpabilité comme l'a fait la Cour d'appel du Manitoba dans *R. v. Fotti*⁷, (confirmé par cette Cour, le 7 février 1980⁸).

Pour ce qui est de la sentence, la conclusion appropriée me paraît être de renvoyer l'affaire à la première cour d'appel, soit la Cour de district de Terre-Neuve qui, après avoir entendu les parties, procédera à l'imposition de la sentence et à l'adjudication des dépens en première instance et en appel devant elle. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens sur le deuxième appel. Cependant, je dois faire remarquer que le juge Morgan a commis une erreur en statuant qu'en vertu du par. 610(3) du *Code criminel* il ne pouvait y avoir d'adjudication de dépens devant cette cour-là. S'agissant de procédures en déclaration sommaire de culpabilité, l'appel à cette cour-là était régi par les par. 771(2) et (3) du *Code criminel*, dont voici le texte:

⁶ [1971] S.C.R. 101.

⁷ [1979] 1 W.W.R. 652.

⁸ [1980] 1 S.C.R. 589.

⁶ [1971] R.C.S. 101.

⁷ [1979] 1 W.W.R. 652.

⁸ [1980] 1 S.C.R. 589.

(2) Sections 601 to 616 apply *mutatis mutandis* to an appeal under this section.

(3) Notwithstanding subsection (2), the court of appeal may make any order with respect to costs that it considers proper in relation to an appeal under this section.

In *R. v. Ouellette*⁹ it was held that, as a result of these provisions, costs could be awarded against the Crown.

I would allow the appeal, set aside the judgments of the courts below, enter a verdict of guilty and direct that the case be referred to the District Court of Newfoundland for the imposition of sentence and the adjudication of costs at trial and on appeal to that Court. I would make no order as to the costs in the Court of Appeal of Newfoundland but, in accordance with the terms on which leave to appeal was granted, the appellant will pay respondent's costs in this Court.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Newfoundland, St. John's, Newfoundland.

Solicitor for the respondent: Eric C. Facey, Gander, Newfoundland.

⁹ [1980] 1 S.C.R. 568.

(2) Les articles 601 à 616 s'appliquent, *mutatis mutandis*, à un appel prévu par le présent article.

(3) Nonobstant le paragraphe (2), la cour d'appel peut rendre toute ordonnance, quant aux frais, qu'elle estime appropriée relativement à un appel prévu par le présent article.

Dans *R. c. Ouellette*⁹ la Cour a jugé qu'en conséquence de ces dispositions, des dépens peuvent être adjugés contre le ministère public.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les jugements des cours d'instance inférieure, de prononcer un verdict de culpabilité et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée à la Cour de district de Terre-Neuve pour l'imposition de la sentence et l'adjudication des dépens en première instance et en appel devant elle. Il n'y aura aucune adjudication de dépens en Cour d'appel de Terre-Neuve, mais, suivant la condition de l'autorisation, l'appelante doit payer les dépens de l'intimé en cette Cour.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de Terre-Neuve, Saint-Jean, Terre-Neuve.

Procureur de l'intimé: Eric C. Facey, Gander, Terre-Neuve.

⁹ [1980] 1 S.C.R. 568.