

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Claude Moreau** *Respondent*.

1978: March 15; 1978: October 17.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Breathalyser test — Approved instrument — Instrument's margin of error — Evidence to the contrary — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237.*

*Appeal — Summary conviction offence — Question of law — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 771(1)(a) — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19 (as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5), s. 41(3).*

Respondent was found guilty, on summary conviction, of driving a motor vehicle having consumed a quantity of alcohol exceeding 80 milligrams in 100 millilitres of blood. The certificate of a qualified technician, who had used a Borkenstein Breathalyser, an approved instrument under s. 237(6) *Cr.C.*, showed that respondent had 90 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, and the latter was found guilty by a municipal judge. On appeal to the Superior Court by way of trial *de novo* an expert witness testified that Borkenstein Breathalysers were subject to a possible margin of error of 10 milligrams, more or less, and the judge was of the view that this uncontradicted testimony was "evidence to the contrary" within the meaning of s. 237(1)(c) *Cr.C.* and sufficient to raise a reasonable doubt justifying acquittal. The majority of the Court of Appeal affirmed the judgment of the Superior Court on the sole ground that no question of law was involved and that consequently the Crown had no right of appeal. This Court, having granted the Crown leave to appeal that decision under s. 41(3) of the *Supreme Court Act*, must decide whether the evidence of the expert witness is evidence to the contrary within the meaning of the Code and whether a question of law is raised.

*Held* (Laskin C.J. and Spence, Dickson and Estey JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and Pratte JJ.: In order to comply with the wording of s. 237(1)(c)

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Claude Moreau** *Intimé*.

1978: 15 mars; 1978: 17 octobre.

Présents: le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Alcootest — Instrument approuvé — Marge d'erreur de l'instrument — Preuve contraire — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237.*

*Appel — Infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité — Question de droit — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 771(1)a) — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19 (modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5), art. 41(3).*

L'intimé a été inculpé, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'avoir conduit un véhicule à moteur alors qu'il avait consommé une quantité d'alcool dépassant 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Le certificat d'un technicien qualifié, établi à l'aide d'un ivressomètre Borkenstein, un instrument approuvé aux termes du par. 237(6) *C.cr.*, démontrait que l'intimé avait un taux d'alcoolémie de 90 milligrammes par 100 millilitres de sang, et ce dernier a été déclaré coupable par un juge municipal. En appel en Cour supérieure, par voie de procès *de novo*, un expert a témoigné que les ivressomètres Borkenstein étaient sujets à une marge d'erreur de 10 milligrammes, en plus ou en moins, et le juge a considéré que ce témoignage non contredit constituait une «preuve contraire» aux termes de l'al. 237(1)c) *C.cr.* et suffisait à soulever un doute raisonnable justifiant l'acquittement. La majorité de la Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour supérieure pour le seul motif que l'appel ne comportait aucune question de droit et que, par conséquent, le ministère public n'avait pas de droit d'appel. Cette Cour, ayant autorisé le ministère public aux termes du par. 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême* à se pourvoir contre cet arrêt, doit déterminer si le témoignage de l'expert constitue une preuve contraire au sens du Code et si une question de droit est soulevée.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Estey étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

*Les juges* Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et Pratte: Aux termes de l'al. 237(1)c) *C.cr.*, une preuve contraire

*Cr.C.*, evidence to the contrary has to be evidence which tends to establish that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was not the same as that indicated by the result of the chemical analysis. The evidence adduced through the expert witness's testimony in the case at bar is not aimed at rebutting the presumption provided for in the Code but at denying its very existence. Such evidence is not evidence to the contrary when its only effect is to demonstrate in general terms the possible uncertainty of the scheme or the inherent fallibility of instruments which are approved under statutory authority. Instruments approved under statutory authority cannot be assimilated to ordinary instruments. Parliament must be taken to have made allowance for these limitations inherent in all instruments when it provided for the analysis of breath samples by way of approved instruments and to have wanted its precise prohibition to be exactly enforceable.

Secondly, since the main issue hinges upon the interpretation of a provision of the *Criminal Code*: what is capable of being evidence to the contrary, it raises a question of law.

*Per* Laskin C.J. and Spence, Dickson and Estey JJ., *dissenting*: None of the Crown's submissions raises a question of law once it is accepted that the expert evidence of the defence was admissible and relevant. The weight of evidence and its sufficiency to raise a doubt are common instances of matters which do not give rise to any question of law. On the other hand, the accused is not to be condemned by an unchallengeable certificate based on the use of a fallible machine. It must not be assumed in the absence of Crown evidence to this effect that the qualified technician had taken into account the possible margin of error of the instrument. It would require much more express words than are found in s. 237(1)(c) *Cr.C.* to conclude that the accused cannot challenge the results of the chemical analysis by challenging the accuracy of the approved instrument which produced them.

[*R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513, discussed; *R. v. Gaetz* (1972), 8 C.C.C. (2d) 3; *Shafer v. Regina* (1971), 5 W.W.R. 692; *R. v. Westman* (1973), 11 C.C.C. (2d) 355; *R. v. Falkenham* (1974), 22 C.C.C. (2d) 385, referred to.]

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec<sup>1</sup> affirming a judgment of the Superior Court, Criminal side, allowing an appeal

<sup>1</sup> [1977] C.A. 409.

doit être une preuve tendant à démontrer que le taux d'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction alléguée ne correspond pas au résultat de l'analyse chimique. La preuve apportée par le témoignage de l'expert, en l'espèce, ne vise pas à réfuter la présomption établie par le Code, mais elle veut en nier l'existence même. Une telle 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. On ne peut, en effet, mettre sur un pied d'égalité les instruments approuvés par la loi et les instruments ordinaires. Il faut considérer que le Parlement, lorsqu'il a prescrit l'analyse par des instruments approuvés, a tenu compte des limites inhérentes à tout instrument et qu'il voulait que l'on applique exactement une interdiction précise.

En second lieu, puisque la question principale dépend de l'interprétation d'une disposition du *Code criminel*, savoir en quoi consiste une preuve contraire, elle soulève une question de droit.

*Le juge en chef* Laskin et les juges Spence, Dickson et Estey, *dissidents*: Les prétentions du ministère public ne font ressortir aucune question de droit, une fois admis que le témoignage de l'expert était recevable et pertinent. La portée d'une preuve et la question de savoir si elle peut soulever des doutes raisonnables sont des exemples courants de points qui ne soulèvent pas de question de droit. Par contre, l'accusé ne doit pas être condamné au vu d'un certificat irréfutable fondé sur l'utilisation d'une machine faillible. On ne peut présumer, en l'absence de toute preuve du ministère public en ce sens, que le technicien a tenu compte de la marge d'erreur possible de l'instrument. Il faudrait des termes beaucoup plus explicites que l'al. 237(1)c) *C.cr.* pour conclure que l'accusé ne peut contester les résultats de l'analyse chimique en mettant en doute la précision de l'instrument approuvé utilisé.

[Jurisprudence: *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513 (arrêté discuté); *R. v. Gaetz* (1972), 8 C.C.C. (2d) 3; *Shafer v. Regina* (1971), 5 W.W.R. 692; *R. v. Westman* (1973), 11 C.C.C. (2d) 355; *R. v. Falkenham* (1974), 22 C.C.C. (2d) 385.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup> confirmant un jugement de la Cour supérieure de juridiction criminelle qui avait

<sup>1</sup> [1977] C.A. 409.

from a conviction by a municipal judge. Appeal allowed, Laskin C.J. and Spence, Dickson and Estey JJ. dissenting.

*Rémi Bouchard*, for the appellant.

*Gilles Garneau* and *Wildy Fontain*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Dickson and Estey JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This is a Crown appeal, by leave, from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Tremblay C.J.Q. and Kaufman J.A., Bernier J.A. dissenting) which affirmed a judgment of Fournier J. of the Quebec Superior Court setting aside, on a trial *de novo*, the conviction of the respondent on a charge under s. 236(1) of the *Criminal Code*. The respondent was charged, in terms of the section, with being in control of a motor vehicle, having consumed alcohol of such a quantity that the proportion thereof in his blood exceed 80 milligrams in 100 millilitres of blood.

The Crown could not appeal as of right on the basis of any dissent on a question of law by Bernier J.A., as is provided by s. 621(1)(a) of the *Criminal Code*, because this provision applies only to proceedings by indictment, and here the accused was charged with a summary conviction offence. Moreover, the Crown's appeal by leave under s. 621(1)(b) is also restricted to questions of law and also relates back to proceedings by indictment, as is clear from s. 605(1)(a) giving the Crown the right to appeal on questions of law alone to the provincial Court of Appeal from a verdict of acquittal. The present case, therefore, could only come here through an invocation of s. 41(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5, to hear the appeal on a question of law from a judgment of the provincial Court of Appeal acting under s. 771(1)(a) of the *Criminal Code*.

accueilli l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par un juge municipal. Pourvoi accueilli, le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Estey étant dissidents.

*Rémi Bouchard*, pour l'appelante.

*Gilles Garneau* et *Wildy Fontain*, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence, Dickson et Estey a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Le présent pourvoi, interjeté par le ministère public sur autorisation, attaque un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Tremblay et le juge Kaufman, le juge Bernier étant dissident) confirmant un jugement du juge Fournier de la Cour supérieure du Québec qui a annulé, à la suite d'un procès *de novo*, la déclaration de culpabilité de l'intimé, inculpé en vertu du par. 236(1) du *Code criminel*. Aux termes de cet article, l'intimé est accusé d'avoir eu le contrôle d'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.

Le ministère public ne pouvait se pourvoir de plein droit en vertu de l'al. 621(1)a) du *Code criminel* en se fondant sur la dissidence du juge Bernier sur une question de droit, puisque cette disposition s'applique uniquement aux procédures par acte d'accusation et qu'en l'espèce, l'accusé est inculpé d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. En outre, en vertu de l'al. 621(1)b), le pourvoi du ministère public sur autorisation est limité aux questions de droit et doit également avoir trait à des procédures par acte d'accusation, comme le montre clairement l'al. 605(1)a). Cette disposition donne au ministère public le droit d'interjeter appel d'un verdict d'acquiescement devant une cour d'appel provinciale, sur une question de droit seulement. Le présent pourvoi ne peut donc se fonder que sur le par. 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5, qui permet l'appel, sur une question de droit, d'un jugement d'une cour d'appel provinciale agissant en vertu de l'al. 771(1)a) du *Code criminel*.

Counsel for the Crown urged three errors of law by the majority of the Court of Appeal. Kaufman J.A., speaking for the majority, did not think that any question of law was presented, as s. 771(1)(a) required, and would have dismissed the appeal on that ground alone. However, he went on to dismiss the appeal on the merits as well, assuming that it presented a question of law.

The issues raised by the Crown arise on the following facts. The Crown sought to prove the charge against the accused by the certificate of a qualified technician who, using a Borkenstein breath analyzer, indentified as No. 4799, and being an "approved instrument" under s. 237(6), found that the accused had 90 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

Section 237(1)(c) of the *Criminal Code* provides that evidence of the results of the analysis is, "in the absence of any evidence to the contrary" proof of the proportion of alcohol in the blood at the material time. It is not disputed in this case that the certificate of analysis was admissible in conformity with s. 237(1)(f). The accused, on his trial *de novo* before Fournier J., had adduced evidence of an expert witness, whose qualification to testify as to the Borkenstein type breath analyzer was not questioned, and who testified that there was a margin of error of 10 milligrams, more or less, in the use of the type of approved instrument in the present case. Fournier J., disagreeing on this point with the judge at first instance, held that this being admissible evidence, and being sufficient to raise a reasonable doubt, was "evidence to the contrary" under s. 237(1)(c), and left the Crown in a position where the charge against the accused was not proved beyond a reasonable doubt. In short, he held that the accused did not have any larger burden than that of raising a reasonable doubt by evidence tendered on his behalf.

In this Court, the admissibility of the expert's evidence as to the margin of error of the particular type of approved instrument was not contested, but it was contended by the Crown that (1) the Court of Appeal erred in law in deciding that the issue of

L'avocat du ministère public prétend que la décision de la majorité en Cour d'appel contient trois erreurs de droit. Le juge Kaufman, parlant au nom de la majorité, est d'avis qu'il n'y avait pas de question de droit, comme l'exige l'al. 771(1)a), et il aurait rejeté l'appel sur ce seul motif. Toutefois, présumant qu'une question de droit était soulevée, il a examiné l'appel au fond et l'a rejeté.

Les questions soulevées par le ministère public résultent des faits suivants. Le ministère public cherche à faire la preuve de l'accusation portée contre l'accusé en produisant le certificat d'un technicien qualifié qui, utilisant un ivressomètre Borkenstein, désigné par le n° 4799, un «instrument approuvé» aux termes du par. 237(6), a constaté que l'accusé avait un taux d'alcoolémie de 90 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

L'alinéa 237(1)c) du *Code criminel* porte que la preuve du résultat de l'analyse fait preuve, «en l'absence de toute preuve contraire», de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu au moment pertinent. On ne conteste pas en l'espèce que le certificat d'analyse était recevable aux termes de l'al. 237(1)f). Au cours de son procès *de novo* devant le juge Fournier, l'accusé a cité un expert dont la compétence à témoigner au sujet de l'ivressomètre de type Borkenstein n'a pas été mise en doute. Ce dernier a déposé que le résultat enregistré par l'instrument approuvé en l'espèce pouvait présenter une marge d'erreur de 10 milligrammes, en plus ou en moins. Le juge Fournier, ne partageant pas sur ce point l'opinion du juge du premier procès, a conclu que ce témoignage était recevable, qu'il soulevait un doute raisonnable et qu'il constituait une «preuve contraire» aux termes de l'al. 237(1)c), de sorte que le ministère public n'avait pas apporté la preuve hors de tout doute raisonnable de l'accusation portée contre le prévenu. En résumé, il a jugé que l'accusé n'avait d'autre obligation que de soulever un doute raisonnable en présentant sa preuve.

La recevabilité du témoignage de l'expert sur la marge d'erreur de ce type particulier d'instrument approuvé n'est pas contestée devant la présente Cour, mais le ministère public prétend que la Cour d'appel a erré en droit en décidant (1) que la

the weight given by the judge on the trial *de novo* to the defence evidence raised a question of fact; (2) the Court of Appeal erred in law in deciding that the general evidence offered as to the accuracy of the approved instrument was evidence to the contrary within s. 237(1)(c); and (3) the Court of Appeal erred in law in deciding that the aforesaid expert evidence was alone sufficient to give the accused the benefit of a reasonable doubt. Put in the stark way in which I have enumerated the Crown's submissions as made in its factum and in argument, none raises a question of law once it is accepted, as it has been, that the expert evidence of the defence was admissible and hence relevant, relevant that is to the only issue that was in contention, namely, whether there was proof beyond a reasonable doubt that the accused had exceeded the permitted limit of the proportion of alcohol in the blood. Certainly, there is no error of law in point 1 nor in point 3 of the Crown's submissions. The weight of evidence and its sufficiency to raise a doubt are common instances of matters which do not give rise to any question law: see *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*<sup>2</sup>.

Point 2 seems to me to raise only a question of the relevance of the expert evidence, and of this I have no doubt. The approval of an instrument for breath analysis under s. 237(6) is approval not of a particular instrument but of a particular type. The Crown is given the advantage under s. 237 of using a special form of proof of a fact essential to conviction, and this proof involves use of a breath analysis instrument of a type approved by the Attorney-General of Canada. It must surely be open to an accused to adduce evidence which, if accepted as was the evidence tendered here, would go to show such a margin of error as to cast doubt on the reading made by the qualified technician.

It follows that if there is here a question of law it must rest on the contention that "evidence to the contrary" must mean evidence that goes beyond the raising of a doubt and is sufficient to overcome the certificate of analysis on a balance of

portée donnée à la preuve de la défense par le juge du procès *de novo* est une question de fait; (2) que la preuve générale sur la précision de l'instrument approuvé constitue une «preuve contraire» au sens de l'al. 237(1)c); et (3) que cette seule preuve permet d'accorder à l'accusé le bénéfice du doute raisonnable. Cette façon directe d'énumérer les prétentions qu'a formulées le ministère public dans son factum et dans sa plaidoirie, ne fait ressortir aucune question de droit une fois qu'il est admis, comme ce fut le cas, que le témoignage de l'expert cité par la défense était recevable et donc pertinent, c'est-à-dire pertinent à la seule question en litige, savoir, s'il a été prouvé hors de tout doute raisonnable que le taux d'alcoolémie dans le sang de l'accusé dépassait la limite permise. Le premier et le troisième moyens du ministère public ne révèlent certainement aucune erreur de droit. La portée d'une preuve et la question de savoir si elle peut soulever un doute raisonnable sont des exemples courants de points qui ne soulèvent pas de question de droit. Voir *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. c. La Reine*<sup>2</sup>.

Le deuxième moyen ne me semble soulever que la question de la pertinence du témoignage de l'expert, et là-dessus je n'ai aucun doute. L'approbation d'un ivressomètre, en vertu du par. 237(6), ne s'applique pas à un instrument en particulier mais à un type particulier d'instrument. Aux termes de l'art. 237, le ministère public est autorisé à utiliser un moyen spécial pour établir un fait essentiel à la condamnation de l'accusé, et cette preuve implique l'utilisation d'un ivressomètre d'un type approuvé par le procureur général du Canada. L'accusé peut sûrement présenter une preuve qui, si elle est acceptée, comme en l'espèce, a pour effet de révéler l'existence d'une marge d'erreur assez élevée pour soulever un doute quant au résultat obtenu par le technicien qualifié.

Il s'ensuit que s'il existe dans ce cas une question de droit, elle doit résulter du moyen selon lequel une «preuve contraire» doit désigner une preuve qui n'a pas pour seul effet de faire naître un doute mais qui, selon la prépondérance des probabilités,

<sup>2</sup> [1969] S.C.R. 221.

<sup>2</sup> [1969] R.C.S. 221.

probabilities. Yet this position was not taken either by counsel for the Crown or by the dissenting judge, and I think they were right in not taking it. It is enough to contrast the present provisions of s. 237(1)(c), which speaks of "the absence of any evidence to the contrary", with s. 237(1)(a), which contains a deeming provision, followed by the words "unless he establishes", to illustrate in the latter case a different and more onerous evidentiary burden on the accused: See *R. v. Appleby*<sup>3</sup>. What was said by Ritchie J. for this Court in *R. v. Noble*<sup>4</sup>, at p. 638, with reference to the "burden" on the accused under s. 237(1)(c), should not be taken as obliging an accused to do more than raise a reasonable doubt. This Court was concerned in that case with the question whether more than one breath sample must be taken to enable the Crown to rely on a qualified technician's certificate, and Ritchie J. emphasized the necessity of strict construction of statutory provisions which "restrict the normal rights of the accused".

What Bernier J.A. fastens on (and so too Crown counsel in supporting his view) is that the expert evidence offered by the accused cannot be "evidence to the contrary", for the purpose of raising a doubt, because it is the results of the chemical analyses that are given probative force "in the absence of any evidence to the contrary", and the justness or correctness of the results cannot be impeached by expert evidence showing the margin of error that may exist in the use of the particular type of approved instrument. In short, Bernier J.A. would have it that this margin of error is subsumed in the qualified technician's understanding and qualifications in the use of the approved instrument. I am not prepared to assume this in the absence of Crown evidence that this was taken into account in arriving at the 90 milligram proportion.

The accused is not to be condemned by an unchallengeable certificate based on the use of a

<sup>3</sup> [1972] S.C.R. 303.

<sup>4</sup> [1978] 1 S.C.R. 632, (1977), 37 C.C.C. (2d) 193.

peut l'emporter sur le certificat d'analyse. Cependant, ni l'avocat du ministère public ni le juge dissident n'ont adopté ce point de vue et je crois qu'ils ont eu raison. Il suffit d'opposer les actuelles dispositions de l'al. 237(1)c), qui utilisent l'expression «en l'absence de toute preuve contraire», à l'al. 237(1)a), qui contient une disposition déterminative suivie des mots «à moins qu'il n'établisse», pour démontrer que, dans ce dernier cas, le fardeau de la preuve qui incombe à l'accusé est différent et plus lourd: voir *R. c. Appleby*<sup>3</sup>. Les propos du juge Ritchie, formulés au nom de cette Cour dans *R. c. Noble*<sup>4</sup>, à la p. 638, relativement au «fardeau» imposé à l'accusé par l'al. 237(1)c), ne doivent pas être interprétés comme obligeant un accusé à plus que soulever un doute raisonnable. Dans ce cas, cette Cour devait décider s'il fallait plus d'un échantillon d'haleine pour habiliter le ministère public à s'appuyer sur le certificat d'un technicien qualifié, et le juge Ritchie a insisté sur la nécessité d'interpréter strictement les dispositions statutaires qui «restreignent le droit normal du prévenu».

Le juge Bernier (ainsi que l'avocat du ministère public en défendant son point de vue) a insisté sur le fait que le témoignage de l'expert cité par l'accusé ne constitue pas une «preuve contraire» pouvant faire naître un doute parce que ce sont les résultats des analyses chimiques qui ont une force probante «en l'absence de toute preuve contraire», et donc que la justesse et la précision des résultats ne peuvent être contestés par le témoignage d'un expert démontrant qu'un type particulier d'instrument approuvé peut présenter une certaine marge d'erreur. En résumé, le juge Bernier considère que le technicien qualifié qui utilise l'instrument approuvé tient compte de cette marge d'erreur en appliquant ses connaissances techniques pour interpréter le résultat. Je ne suis pas prêt à faire de même en l'absence de toute preuve du ministère public établissant qu'on a tenu compte de cette marge d'erreur en déterminant que le taux d'alcoolémie était de 90 milligrammes.

L'accusé ne doit pas être condamné au vu d'un certificat irréfutable fondé sur l'utilisation d'une

<sup>3</sup> [1972] R.C.S. 303.

<sup>4</sup> [1978] 1 R.C.S. 632, (1977), 37 C.C.C. (2d) 193.

fallible machine. I would require much more express words than are found in s. 237(1)(c) to give so strong an effect to a chemical analysis made through use of an approved instrument. The accused is entitled, as I read the provisions of s. 237(1)(c), to challenge the results by challenging the accuracy of the instrument which produced them. The learned dissenting judge, in truth, takes his position on the want of any relevance of the expert evidence of the defence to the issue raised by the proof offered by the Crown. I read his reasons to say that the advantage of proof available to the Crown under s. 237(1)(c) (in being able to rely on a subsequent test to prove blood alcohol content at the prior time of the alleged offence) can only be countered by evidence directed to the temporal presumption. In my opinion, this is too narrow a view, and the approach taken by Kaufman J.A. is the proper one in his adoption of what was said on the matter by McFarlane J.A. in *R. v. Davis*<sup>5</sup>, a decision of the British Columbia Court of Appeal, and by McDermid J.A. in *R. v. Ryckman*<sup>6</sup>, at p. 296, a decision of the Alberta Appellate Division.

I would dismiss the appeal. In accordance with the term imposed by this Court as a condition of granting leave, the Crown will pay the costs of the respondent on a solicitor-client basis.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and Pratte JJ. was delivered by

**BEETZ J.**—Respondent was charged with an offence punishable on summary conviction under s. 236 of the *Criminal Code* in that he drove a motor vehicle having consumed alcohol in such quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams in 100 millilitres of blood. He was tried by judge Cossette, a municipal judge. Apart from admissions made by the defence with respect to the time and place respondent had driven the

<sup>5</sup> (1973), 14 C.C.C. (2d) 513.

<sup>6</sup> (1975), 25 C.C.C. (2d) 294.

machine faillible. J'ai besoin de termes beaucoup plus explicites que ceux de l'al. 237(1)c) pour accorder un tel poids à une analyse chimique effectuée à l'aide d'un instrument approuvé. D'après mon interprétation de l'al. 237(1)c), l'accusé peut contester les résultats en mettant en doute la précision de l'instrument de mesure utilisé. L'opinion du savant juge dissident repose, en vérité, sur l'absence de rapport entre le témoignage de l'expert cité par la défense et le point soulevé dans la preuve présentée par le ministère public. Selon moi, il faut interpréter ses motifs comme voulant dire que seule une preuve réfutant la présomption temporelle peut contrecarrer l'avantage accordé au ministère public par le moyen mis à sa disposition en vertu de l'al. 237(1)c). Ce moyen donne au ministère public le droit de s'appuyer sur une analyse postérieure au moment où l'infraction est alléguée avoir été commise pour établir le taux d'alcoolémie au moment de celle-ci. A mon avis, ce point de vue est trop restreint et le juge Kaufman a eu raison de se rallier aux opinions émises à ce sujet par le juge McFarlane dans *R. v. Davis*<sup>5</sup>, une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, et par le juge McDermid dans *R. v. Ryckman*<sup>6</sup>, à la p. 296, une décision de la Division d'appel de l'Alberta.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Conformément aux conditions fixées par cette Cour en accordant l'autorisation d'appel, le ministère public devra payer les dépens de l'intimé comme entre avocat et client.

Le jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et Pratte a été rendu par

**LE JUGE BEETZ**—L'intimé est accusé d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité aux termes de l'art. 236 du *Code criminel*, soit d'avoir 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. Son procès eut lieu devant un juge municipal, le juge Cossette. A l'exception des faits admis

<sup>5</sup> (1973), 14 C.C.C. (2d) 513.

<sup>6</sup> (1975), 25 C.C.C. (2d) 294.

motor vehicle, the only evidence consisted in the certificates of an analyst and of a qualified technician pursuant to s. 237(1). The technician, using a Borkenstein Breathalyser of certain model, an "approved instrument" under s. 237(6), found that respondent had 90 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. Neither the analyst nor the technician were required to be in attendance for the purpose of cross-examination, under s. 237(4). The defence tendered no evidence. Judge Cossette found respondent guilty and condemned him to pay a fine of \$50 with costs or to fifteen days in gaol in default of payment.

Respondent appealed to the Superior Court by way of trial *de novo*. The trial was held on the record of the evidence which had been heard by judge Cossette. In addition however, an expert witness whom the Superior Court found highly competent and objective was called by the accused and, without being contradicted, testified in short as follows:

1) Borkenstein Breathalysers of the type or model used in this case (Model 900 or 900A) were all subject to a possible margin of error of 10 milligrams, more or less;

2) This possible margin of error was inherent in these instruments, due to their design;

3) While this possible margin of error was common knowledge, qualified technicians were not instructed to make allowance for it; they were trained to consider their instrument as accurate for the purpose of s. 237 provided that, in the chemical control test which they were required to carry out in each case with a known quantity of alcohol, the margin did not exceed 10 milligrams, more or less;

4) The particular Borkenstein Breathalyser used in this case, serial number 4799, had not been examined or otherwise tested by the expert witness who could not recall whether he had ever seen it.

It was further admitted in the course of the trial *de novo* that the qualified technician had stated

par la défense quant aux temps et lieu où l'intimé conduisait le véhicule à moteur, la preuve se limite aux certificats d'un analyste et d'un technicien qualifié établis conformément au par. 237(1). Le technicien, qui utilisait un modèle donné d'ivressomètre Borkenstein, un «instrument approuvé» aux termes du par. 237(6), a trouvé que l'intimé avait 90 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. On n'avait pas exigé la présence de l'analyste ou du technicien pour contre-interrogatoire, aux termes du par. 237(4). La défense n'a présenté aucune preuve. Le juge Cossette a déclaré l'intimé coupable et l'a condamné à une amende de \$50 plus les dépens, ou à quinze jours de prison à défaut de paiement.

L'intimé a interjeté appel en Cour supérieure par voie de procès *de novo*. Le procès fut tenu sur la base de la preuve produite devant le juge Cossette. En outre, cependant, l'accusé a cité un expert que la Cour supérieure a estimé objectif et très qualifié et dont le témoignage non contredit peut être résumé comme suit:

1) les ivressomètres Borkenstein du type ou modèle utilisé dans ce cas (modèle 900 ou 900A) sont sujets à une marge d'erreur de 10 milligrammes, en plus ou en moins;

2) cette possibilité d'erreur est inhérente à tous ces appareils, vu leur conception;

3) cette possibilité d'erreur est notoire, mais on ne recommande pas aux techniciens qualifiés d'en tenir compte; on leur apprend à considérer cet instrument comme exact aux fins de l'art. 237 si, dans l'analyse chimique de contrôle qu'ils doivent faire dans chaque cas avec une quantité connue d'alcool, la marge d'erreur n'excède pas 10 milligrammes en plus ou en moins;

4) l'ivressomètre Borkenstein utilisé dans ce cas et portant le numéro de série 4799 n'a été ni examiné ni vérifié par l'expert qui ne pouvait se souvenir de l'avoir déjà vu.

Il fut admis en outre au cours du procès *de novo* que le technicien qualifié a cité le chiffre indiqué

the exact reading of the breath analyser, without taking into account the possible margin of error.

Fournier J. held that the testimony of the expert witness was "evidence to the contrary" within the meaning of s. 237(1)(c) and sufficient to raise a reasonable doubt. He accordingly set aside the conviction and found respondent not guilty.

The Crown appealed to the Quebec Court of Appeal with leave of that Court. Under s. 771(1)a, it could only do so on grounds involving questions of law.

The Court of Appeal, (Tremblay C.J.Q. and Kaufman J.A., Bernier J.A. dissenting) affirmed the judgment of Fournier J. Tremblay C.J.Q. and Kaufman J.A. took the view that no question of law was involved and would have dismissed the appeal on that sole ground. Kaufman J.A. would also have dismissed the appeal on the merits, assuming that it involved a question of law. His main reason was that an accused ought not to be "restricted in his defence to evidence which would tend to show that he was not impaired by non-consumption (or consumption of a small amount) of alcohol".

The Crown now appeals by leave of this Court its appeal being limited to a question of law or jurisdiction: s. 41(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5.

At the relevant time, s. 237 of the *Criminal Code* read in part as follows:

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236,

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

- (i) (not proclaimed in force)
- (ii) the 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,

par l'appareil sans tenir compte de la marge d'erreur possible.

Le juge Fournier a décidé que le témoignage de l'expert constituait une «preuve contraire» aux termes de l'al. 237(1)c) et suffisait à soulever un doute raisonnable. Il a donc annulé la déclaration de culpabilité et acquitté l'intimé.

Le ministère public s'est pourvu en Cour d'appel du Québec, avec l'autorisation de cette dernière. Aux termes de l'al. 771(1)a), il ne pouvait le faire que pour un motif comportant une question de droit.

La Cour d'appel (le juge en chef Tremblay et le juge Kaufman, le juge Bernier étant dissident) a confirmé le jugement du juge Fournier. Le juge en chef Tremblay et le juge Kaufman ont conclu que l'appel ne comportait aucune question de droit et l'auraient rejeté sur ce seul motif. Le juge Kaufman aurait en outre rejeté l'appel au fond, à supposer qu'il comportât une question de droit, pour la raison principale qu'un accusé ne doit pas être limité, [TRADUCTION] «dans sa défense, à la preuve tendant à démontrer que ses capacités n'étaient pas affaiblies parce qu'il n'avait pas consommé d'alcool ou n'en avait consommé qu'une faible quantité».

Le ministère public se pourvoit devant cette Cour, sur autorisation, et son pourvoi est limité à une question de droit ou de juridiction: par. 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5.

A l'époque pertinente, l'art. 237 du *Code criminel* disposait notamment:

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

c) lorsqu'un échantillon de l'haleine du prévenu a été prélevé conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1),

- (i) (non proclamé)
- (ii) si l'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,

(iii) the 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 the sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the result of the chemical analysis so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed;

(6) In this section

“analyst” means a person designated by the Attorney General as an analyst for the purposes of this section;

“approved container” means a container of a kind designed to receive a sample of the breath of a person for chemical analysis and that is approved as suitable for the purposes of this section by order of the Attorney General of Canada;

“approved instrument” means 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;

“qualified technician” means a person designated by the Attorney General as being qualified to operate an approved instrument.

The main issue is whether the evidence of the expert witness is “evidence to the contrary” within the meaning of s. 237(1)(c). There is another issue namely whether the main issue raises a question of law. I propose to deal first with the main issue.

In the course of argument, counsel for the Crown said that the evidence of the expert witness was admissible. However, I did not understand this concession to have been unqualified: according to counsel, the evidence of the expert witness was admissible as a general introduction which should have been completed by specific evidence related to the particular facts of this case, but it had not been so completed and had remained purely theoretical or general in nature; Fournier J. had erred in law in taking it into consideration.

(iii) si l'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 l'échantillon a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

la preuve du résultat de l'analyse chimique ainsi faite fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est alléguée avoir été commise;

(6) Au présent article,

«analyste» signifie une personne que le procureur général désigne comme analyste aux fins du présent article;

«contenant approuvé» désigne un contenant d'un genre destiné à recueillir un échantillon de l'haleine d'une personne pour analyse chimique et qui est approuvé comme contenant approprié aux fins du présent article par une ordonnance du procureur général du Canada;

«instrument approuvé» désigne 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;

«technicien qualifié» signifie une personne que le procureur général désigne comme étant qualifiée pour manipuler un instrument approuvé.

La question principale est de savoir si le témoignage de l'expert constitue une «preuve contraire» au sens de l'al. 237(1)c). Il faut également déterminer si cette question principale soulève une question de droit. Je commence par la question principale.

Pendant les débats, l'avocat du ministère public a déclaré que le témoignage de l'expert était recevable. Cependant, j'ai cru comprendre qu'il faisait une réserve: selon lui, le témoignage de l'expert était admissible en tant qu'introduction générale à compléter par une preuve concernant spécifiquement les faits de la présente espèce; mais elle n'a pas été complétée de cette manière et est restée purement théorique et générale; le juge Fournier a donc fait une erreur de droit en en tenant compte.

What is “evidence to the contrary” within the meaning of this section has been the subject of some discussion in various courts. I agree with what was said on the subject by McFarlane J.A. speaking for the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Davis*<sup>7</sup>, at p. 516:

While not expressed too clearly, I think the intention of Parliament becomes manifest when it is remembered that the fact to be proved is the proportion of alcohol to blood at the time of the offence. The result of the chemical analysis is one method of proving that fact: and the certificates are evidence, *inter alia*, of that result. It follows, in my opinion, that the concluding part of the subsection means that the result of the chemical analysis is proof of the proportion of alcohol to blood at the time of the offence in the absence of evidence that the proportion at that time did not exceed 80 to 100. Any evidence, therefore, tending to show that at the time of the offence the proportion was within the permitted limits is “evidence to the contrary” within the meaning of the subsection. (Underlining is mine)

In order to comply with the wording of the Code, “evidence to the contrary” has to be evidence which tends to establish that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was not the same as that indicated by the result of the chemical analysis. There is no such evidence in the case at bar. Apart from the certificates, there is no evidence of any kind directed at showing what was the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed. 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.

<sup>7</sup> (1973), 14 C.C.C. (2d) 513.

Divers tribunaux ont déjà eu l’occasion de discuter du sens de l’expression «preuve contraire» dans le contexte de cet article. Je souscris à ce qu’en dit le juge McFarlane, au nom de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, dans l’arrêt *R. v. Davis*<sup>7</sup>, à la p. 516:

[TRADUCTION] A mon avis, l’intention du Parlement, bien qu’exprimée peu clairement, devient manifeste si l’on se souvient que le fait à prouver est la proportion d’alcool dans le sang au moment de l’infraction. Le résultat de l’analyse chimique est un des moyens de prouver ce fait et les certificats constituent une preuve, parmi d’autres, de ce résultat. Il s’ensuit donc, à mon avis, que la fin du paragraphe signifie que le résultat de l’analyse chimique fait preuve de la proportion d’alcool dans le sang du prévenu au moment de l’infraction en l’absence de toute preuve que le taux d’alcoolémie à ce moment n’excédait pas 80 pour 100. En conséquence, toute preuve tendant à montrer qu’au moment de l’infraction, le taux d’alcoolémie était dans les limites permises constitue une «preuve contraire» au sens de ce paragraphe. (C’est moi qui souligne)

Aux termes du Code, la «preuve contraire» doit être une preuve tendant à démontrer que le taux d’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction alléguée ne correspondait pas au résultat de l’analyse chimique. Il n’existe aucune preuve de ce genre en l’espèce. Exception faite des certificats, aucune preuve n’a été présentée pour établir le taux d’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction alléguée. 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. A 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.

<sup>7</sup> (1973), 14 C.C.C. (2d) 513.

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". (See also *R. v. Gaetz*<sup>8</sup>).

In the case at bar, the evidence of the expert witness was to the effect that Borkenstein Breathalysers of the kind used to analyse respondent's breath sample were all inherently subject to a possible margin of error of 10 milligrams, more or less: the trial judge was asked to infer that unless this approved type of instrument indicated a reading in excess of 90 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, an accused ought to be given the benefit of the doubt. Such an inference might perhaps be drawn in other kinds of cases with respect to instruments other than instruments which are approved under statutory authority. For instance, expert evidence could probably be tendered to show that radars of a certain type used by the police to measure the speed of motor vehicles are subject to an inherent margin of error which would make their reading unreliable as evidence against an accused unless the margin of error was taken into account. But radars are not approved instruments under a statutory scheme. To admit

<sup>8</sup> (1972), 8 C.C.C. (2d) 3.

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». (Voir aussi *R. v. Gaetz*<sup>8</sup>).

En l'espèce, l'expert a témoigné que les ivressomètres Borkenstein du type de celui utilisé pour analyser l'échantillon d'haleine de l'intimé, sont tous sujets à une marge d'erreur de 10 milligrammes, en plus ou en moins: on demandait au juge du procès d'en déduire qu'il faut accorder le bénéfice du doute à l'accusé à moins que ce genre d'instrument approuvé n'indique un taux d'alcoolémie supérieur à 90 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. On pourrait peut-être admettre une telle déduction dans des cas mettant en cause des instruments autres que ceux approuvés et définis par la loi. Par exemple, on pourrait probablement faire témoigner un expert pour démontrer que les radars d'un certain type utilisés par la police pour mesurer la vitesse des véhicules à moteur sont sujets à une marge d'erreur suffisante pour qu'on ne puisse pas se fier à leurs résultats sans en tenir compte. Mais les radars ne sont pas des instruments approuvés par la loi. Admettre en l'espèce le témoignage de l'expert, ce serait recon-

<sup>8</sup> (1972), 8 C.C.C. (2d) 3.

the evidence of the expert witness in this case is to concede that evidence gathered through the use of certain types of approved instruments may be treated in the same manner as that obtained by ordinary instruments. The same would be true, up to a point, of approved instruments of any type since all instruments used for measurement or analysis are necessarily subject to built-in limitations which affect their precision. I think the assimilation of instruments approved under statutory authority to ordinary instruments amounts to an error in law. It seems to me that when Parliament provided for the analysis of breath samples by way of approved instruments, it was aware of the limitations inherent in all instruments. Parliament must be taken to have made allowance for these limitations in the provisions relating to the approval of certain kinds of instruments as well as in those setting the highest permissible level of alcohol in the blood at 80 milligrams in 100 millilitres of blood.

If the Superior Court and the Court of Appeal were right, no one could in effect be charged under s. 236 unless the reading indicated a quantity of alcohol in excess of 90 milligrams in 100 millilitres of blood whenever the qualified technician used an approved Borkenstein Breathalyser Model 900 or 900A. Similar practical results would inevitably occur if other approved models of breath analysers were used, with slight variations upwards or downwards; but whatever approved instrument be used, the prohibition enacted in s. 236 would never be fully enforceable in any given case by the means expressly provided for in the Code nor, for that matter, by any other means. Yet, 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.

The approval of instruments under s. 237(6) is approval of types of instruments, not of particular instruments. A particular instrument may conceivably be subject to certain faults other than those which are inherent in the type. The question

naître que la preuve fondée sur l'utilisation de certains types d'instruments approuvés doit être traitée de la même manière que celle fondée sur l'utilisation d'instruments ordinaires. Ce serait également le cas, jusqu'à un certain point, pour tous les instruments approuvés puisque les instruments de mesure et d'analyse ont nécessairement des limites inhérentes qui influent sur leur précision. A mon avis, c'est une erreur de droit que de mettre sur un pied d'égalité les instruments approuvés par la loi et les instruments ordinaires. Je pense que, lorsqu'il a prescrit que l'analyse des échantillons d'haleine devrait être faite par des instruments approuvés, le Parlement était conscient des limites inhérentes de tout instrument. Il faut considérer que le Parlement a tenu compte de ces limites dans les dispositions relatives à l'approbation de certains genres d'instruments, comme dans la fixation du taux maximum d'alcoolémie autorisé à 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

Si l'on donnait raison à la Cour supérieure et à la Cour d'appel, nul ne pourrait en fait être accusé aux termes de l'art. 236 lorsque le technicien qualifié a utilisé un ivressomètre Borkenstein modèle 900 ou 900A, à moins que le taux d'alcoolémie indiqué ait été supérieur à 90 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Les résultats pratiques seraient les mêmes dans le cas des autres ivressomètres, avec des marges d'erreur plus ou moins grandes; mais alors, quel que soit l'instrument approuvé que l'on utilise, l'interdiction prescrite à l'art. 236 ne serait jamais pleinement applicable avec les moyens prévus expressément dans le Code, ni d'ailleurs par aucun autre moyen. Pourtant, 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.

L'approbation des instruments aux termes du par. 237(6) concerne l'approbation de types d'instruments, et non d'instruments particuliers. Il se peut qu'un instrument donné soit sujet à certains défauts autres que les défauts inhérents aux instru-

whether such a particular instrument continues to be within an approved class of instruments and whether the proof of such faults is admissible does not arise in this case and does not call for comment.

I now briefly turn to the other issue, that is whether the main issue raises a question of law. I think it does. It hinges upon the interpretation of a provision of the *Criminal Code*: what is capable of being "evidence to the contrary" within the meaning of s. 237(1)(c)? The Courts of Appeal of Nova Scotia, British Columbia, Alberta and Saskatchewan have indicated that they consider the issue as a question of law: *Shafer v. Regina*<sup>9</sup>; *R. v. Gaetz*, (*supra*); *R. v. Westman*<sup>10</sup>; *R. v. Davis* (*supra*); *R. v. Falkenham*<sup>11</sup>. I agree with their approach on this point.

For the reasons stated above, I believe the evidence tendered on behalf of respondent was not "evidence to the contrary" within the meaning of s. 237(1)(c) of the *Criminal Code*. It was the only evidence tendered on behalf of respondent and the sole possible basis for his acquittal. His conviction must accordingly be restored.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and of the Superior Court and restore respondent's conviction. Further to the terms imposed by this Court as a condition of granting leave, the Crown will pay respondent's costs in this Court on a solicitor-client basis. Respondent should pay the costs in the Municipal Court and the Superior Court. The Court of Appeal made no order as to costs; I would not make any either as to costs in that Court.

*Appeal allowed*, LASKIN C.J. and SPENCE, DICKSON and ESTEY JJ. *dissenting*.

*Solicitor for the appellant: Rémi Bouchard, Québec.*

*Solicitor for the respondent: Gilles Garneau, Québec.*

<sup>9</sup> [1971] 5 W.W.R. 692.

<sup>10</sup> (1973), 11 C.C.C. (2d) 355.

<sup>11</sup> (1974), 22 C.C.C. (2d) 385.

ments de ce type. La question de savoir si un tel instrument continue de faire partie d'une catégorie approuvée d'instruments et si la preuve de tels défauts est admissible n'est pas soulevée en l'espèce et n'appelle aucun commentaire.

Je traiterai brièvement de la seconde question, celle de savoir si la question principale soulève une question de droit. Je suis d'avis que oui. Elle dépend de l'interprétation d'une disposition du *Code criminel*, savoir en quoi consiste une «preuve contraire» au sens de l'al. 237(1)c)? Les cours d'appel de la Nouvelle-Écosse, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan ont indiqué qu'elles considèrent cette question comme une question de droit: *Shafer v. Regina*<sup>9</sup>; *R. v. Gaetz* (précité); *R. v. Westman*<sup>10</sup>; *R. v. Davis* (précité); *R. v. Falkenham*<sup>11</sup>. Je soucris à leur opinion sur le sujet.

Pour ces motifs, je conclus que la preuve présentée au nom de l'intimé ne constitue pas une «preuve contraire» au sens de l'al. 237(1)c) du *Code criminel*. C'est la seule preuve présentée au nom de l'intimé et le seul fondement possible d'un acquittement: en conséquence, la déclaration de culpabilité doit être rétablie.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé. Conformément aux conditions fixées par cette Cour pour accorder l'autorisation d'appel, le ministère public paiera les dépens de l'intimé comme entre avocat et client. L'intimé paiera les dépens en Cour municipale et en Cour supérieure. La Cour d'appel n'a pas adjugé les dépens et je ne crois pas qu'il y ait lieu de le faire.

*Pourvoi accueilli, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE, DICKSON et ESTEY étant dissidents.*

*Procureur de l'appelante: Rémi Bouchard, Québec.*

*Procureur de l'intimé: Gilles Garneau, Québec.*

<sup>9</sup> [1971] 5 W.W.R. 692.

<sup>10</sup> (1973), 11 C.C.C. (2d) 355.

<sup>11</sup> (1974), 22 C.C.C. (2d) 385.