COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

87-19-CA

OMER THEODORE RICHARD

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Richard v. R., 2020 NBCA 43

CORAM:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
July 15, 2019

History of Case:

Decision under appeal:
2019 NBQB 140

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard, with the consent of the parties, by means of the written submissions:
June 2020

Judgment rendered:
June 25, 2020

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

OMER THEODORE RICHARD

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Richard c. R., 2020 NBCA 43

CORAM :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 15 juillet 2019

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2019 NBBR 140

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu, avec le consentement des parties, par lecture des mémoires :
juin 2020

Jugement rendu :
le 25 juin 2020

Motifs de jugement :
l'honorable juge Drapeau

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LeBlond

Counsel on appeal:

For the appellant:
James J. Matheson

For the respondent:
Patrick McGuinty

THE COURT

The Court grants leave to appeal pursuant to s. 839(1) of the *Criminal Code*, allows the appeal and directs a verdict of acquittal for the alleged offence of operating a motor vehicle with a blood alcohol level above the legal limit (s. 253(1)(b), now repealed, of the *Criminal Code*).

Avocats en appel :

Pour l'appelant :
James J. Matheson

Pour l'intimée :
Patrick McGuinty

LA COUR

Accorde l'autorisation d'interjeter appel, en vertu du par. 839(1) du *Code criminel*, accueille l'appel et ordonne l'inscription d'un verdict d'acquittement à l'égard de l'infraction reprochée, à savoir l'infraction de conduite d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie supérieure à la limite permise (al. 253(1)b), aujourd'hui abrogé, du *Code criminel*).

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction and Overview

[1] The first proceeding in this Court is an application under s. 839(1) of the *Criminal Code* for leave to appeal the dismissal in the Court of Queen's Bench of an appeal against summary conviction on a charge of operating a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that its concentration exceeded 80 milligrams in 100 millilitres of blood (s. 253(1)(b)). While s. 253(1)(b) and the other offence-related sections mentioned hereinafter are no longer part of the *Criminal Code*, they continue to apply in proceedings pertaining to offences committed prior to their repeal. For the reasons that follow, I would grant leave.

[2] The impugned conviction is sustainable only if the presumption found in s. 258(1)(c)(ii) has application. Section 258(1)(c)(ii) creates a "presumption of identity", a label coined by Justice Arbour in *R. v. St. Pierre*, [1992] O.J. No. 1856 (C.A.) (QL). The pertinent parts of s. 258(1)(c)(ii) provide that, in any prosecution for an offence under s. 253(1)(b), where breath samples were taken from a defendant pursuant to a demand under s. 254(3), the results following analysis constitute proof the concentration of alcohol in the blood at the time of testing and at the time of the alleged offence were identical if: (1) each sample was taken as soon as practicable after "the time when the offence was alleged to have been committed"; and (2) the first sample was taken no later than two hours after that time.

[3] The appeal inarguably raises a question of law, the threshold requirement for this Court's jurisdiction under s. 839(1). Indeed, the debate concerns the correct interpretation of s. 258(1)(c)(ii), the specific issue being whether the phrase "the time when the offence was alleged to have been committed" refers: (1) to the time of the offence, as broadly alleged in the charging document and established by the evidence at

trial; or (2) the time of a step in the post-offence police investigation. The rationale for the second option has yet to be explained; I hazard the guess that it may be informed, albeit ill-advisedly, by the view that each of those steps implies an "allegation" by the investigator that the motorist has committed an offence under s. 253(1). At any rate, in the cases where the second option has attracted judicial acceptance, the investigative step in question has been variably described as including one or the other of the following: (1) a demand for a sample of breath for analysis by means of an approved screening device (s. 254(2)(b)); (2) a "fail" result for that test; (3) the defendant's arrest; (4) a demand for samples under s. 254(3); or (5) the investigating officer's conclusion there were reasonable grounds to believe an offence under s. 253 has been committed within the preceding three hours (s. 254(3)). The trial judge equated the time of the last-mentioned event with "the time when the offence was alleged to have been committed" specified in s. 258(1)(c)(ii).

[4] Although the time when the appellant last operated his motor vehicle is unascertained in the record at our disposal, it is apodictic that less than two hours elapsed between, on the one hand, the time the police officer who made the demand for breath samples considered she had the requisite reasonable grounds for s. 254(3) purposes and, on the other, the time when the first breath sample was taken. In the trial judge's view, this evidence sufficed to trigger the application of the statutory presumption of identity and, as a result, the charge under s. 253(1)(b) had been proven beyond a reasonable doubt.

[5] On appeal, the Court of Queen's Bench judge confirmed the conviction, finding the trial judge's interpretation of s. 258(1)(c)(ii) was correct. With respect, I disagree.

[6] In my view, time started to run for s. 258(1)(c)(ii) purposes from the moment the appellant last operated his motor vehicle and the prosecution bore the burden of proving the first breath sample was taken within the following two hours. It failed to discharge that burden, there being no evidence to establish the time of vehicular operation

by the appellant. Accordingly, the statutory presumption of identity is not in play and the offence charged has not been proven. I would reverse and direct a verdict of acquittal.

II. *Criminal Code* Provisions

[7] The text of the pertinent *Criminal Code* provisions is reproduced in Appendix A.

III. The Context

[8] The charge against the appellant is particularized in the Information as follows:

Omer Theodore RICHARD, on or about the 3rd day of November, A.D., 2017, at or near Galloway, in the County of Kent and Province of New Brunswick, did operate a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the concentration thereof in his blood did exceed eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood, committing thereby an offence punishable on summary conviction, contrary to and in violation of Section 253(l)(b) of the Criminal Code of Canada and amendments thereto.	Omer Theodore RICHARD, le ou vers le 3ième jour de novembre, en l'an de grâce 2017, à ou près de Galloway, dans le comté de Kent et la province du Nouveau-Brunswick, a conduit un véhicule à moteur lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépassait quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, commettant ainsi une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, contrairement et en violation de [l'alinéa 253(1)b)] du *Code criminel* du Canada et de ses modifications y apportées.

[9] At trial, the case for conviction rested on the testimony of the investigating RCMP officer, Cst. Myriam Boudreau, the Certificate of a Qualified Technician and the presumption of identity provided by s. 258(1)(c)(ii).

[10] Cst. Boudreau testified that, shortly after 4:00 p.m. on the date specified in the Information, November 3, 2017, she attended the scene of a two-vehicle collision. Upon arrival, she noted a fire department vehicle and an ambulance were on site. One of the persons injured in the accident was already seated in the ambulance.

[11] Cst. Boudreau subsequently determined the appellant was the operator of one of the vehicles involved in the accident. In time, she came to suspect the presence of alcohol in his body and, at 4:40 p.m., she demanded he blow into an approved screening device. The appellant complied, and the device indicated a "fail" result, which led Cst. Boudreau to conclude he had committed an offence under s. 253(1) within the previous three hours. She arrested the appellant and demanded he provide breath samples pursuant to s. 254(3).

[12] The appellant was then taken to the local detachment where he provided two breath samples. A Certificate of a Qualified Technician was subsequently prepared. It confirmed the first breath sample was taken at 5:51 p.m. and the results of the analyses of the two samples showed the concentration of alcohol in the appellant's blood at the time of testing exceeded the legal limit under s. 253(1)(b). At trial, the Certificate was received in evidence.

[13] The appellant did not testify.

[14] Significantly, the prosecution did not adduce evidence establishing the time when the appellant last operated his motor vehicle on November 3, 2017. At the close of the prosecution's case, the defence argued that, without this evidence, the statutory presumption of identity was not in play and an essential element of the offence, concentration of alcohol in the blood of the appellant in excess of the legal limit at the time he operated his motor vehicle, stood unproven.

[15] As can be readily discerned, the first sample was provided within two hours of Cst. Boudreau's conclusion at 4:40 p.m. that an offence under s. 253(1) had been committed within the previous three hours. The trial judge found that was the time when the clock started "to tick with regards to the two-hour window" in s. 258(1)(c)(ii). That being so, since the first breath sample had been taken less than two hours after 4:40 p.m., the statutory presumption of identity applied and all essential elements of the offence had

been established beyond a reasonable doubt. In the result, the judge found the appellant guilty as charged.

[16] As noted in my introductory remarks, the conviction was confirmed on appeal to the Court of Queen's Bench. In his reasons for decision, the summary conviction appeal court judge states the "role of a Court of Appeal is not to substitute its views", but rather "to determine if the trial judge had made serious or palpable errors with respect to the law" (para. 20). The appellant contends this is an erroneous description of the standard of review for questions of law, which is correctness. I agree. However, the summary conviction appeal court judge ultimately applied the proper standard in disposing of the appeal on the basis that the trial judge had correctly interpreted s. 258(1)(c)(ii) (para. 23). In my view, nothing further need be said regarding the applicable standard of review.

[17] The summary conviction appeal court judge concluded the trial judge's interpretation of s. 258(1)(c)(ii) was correct largely on the basis of the views on point expressed in *R. v. Elliott*, 2010 QCCQ 8680, [2010] Q.J. No. 10311 (QL) and *R. v. Harrison*, [2013] N.B.J. No. 204 (P.C.) (QL). In *Elliott*, the Court found "the period of two hours mentioned in s. 258(1)(c)(ii) of the *Criminal Code*, for application of the presumption of identity, began at the time of the accused's arrest […], which is the time the offence was committed." *Harrison* stands for the proposition that the two-hour period commences at the time "a peace officer, on reasonable and probable grounds, forms the opinion that the accused has, within the preceding three hours, committed an offence under s. 253" (para. 40). I am of the respectful opinion those views are incorrect.

[18] In her written submission to this Court, the Attorney General concedes the interpretation of s. 258(1)(c)(ii) adopted in the courts below is incorrect. However, she does not concede the appeal, preferring, out of deference to the Court, that it settle the question of law at issue. After all, there may still be cases in the system whose outcome depends on s. 258(1)(c)(ii).

IV. Analysis and Decision

[19] Parliament's intent with respect to the statutory presumption of identity, which is plain, given the prosecution-simplifying scheme to which the presumption was designed to contribute, and the overwhelming weight of judicial authority on point support the view that, on a charge of operating a motor vehicle with a concentration of alcohol in the blood in excess of the legal limit, "the time when the offence was alleged to have been committed" found in s. 258(1)(c)(ii) and similar phrases in predecessor provisions refer to the time, as identified in the evidence, of the offence alleged in the charging document.

[20] The object of the statutory presumption is to correlate the concentration of alcohol in the blood at the time of testing with the concentration at the time of the offence. Its purpose is to dispense with the need for expert evidence that the defendant's blood alcohol level at the time of testing was such that his or her level exceeded the legal limit at the time of the offence alleged in the charging document. If the phrase "the time when the offence was alleged to have been committed" in s. 258(1)(c)(ii) refers to a time other than the commission of the offence (e.g. the time when the investigating officer concluded the requisite reasonable grounds existed), the statutory presumption of identity will be woefully inadequate as an evidential shortcut; it would only provide identity of concentration between that other time and testing. As a result, evidence additional to the Certificate of a Qualified Technician would be necessary to prove the concentration at that other time exceeded the legal limit at the time of the offence charged. That is not consonant with the intent of Parliament. In this regard, I endorse the following observations in *R. v. Whamond*, 2013 ABPC 179, [2013] A.J. 729 (QL):

> I am satisfied that Parliament's interest in having the two hour limit in s. 258 is to ensure the concentration of alcohol in the blood reflected by the breath sample is temporally linked to the operation of the motor vehicle.
>
> Counsel for the accused correctly points out that to link the samples to the time of arrest or the formation of reasonable

> and probable grounds would not accomplish this objective, as in many cases the formation of reasonable and probable grounds for the arrest may occur well after the commission of the offence. [paras. 20-21]

[21] Moreover, in the aftermath of Parliament's adoption of the presumption of identity, courts quickly concluded the two hour maximum delay ran from the time of the offence charged. The earliest reported judicial pronouncements to that effect appear to be *R. v. Bergeron*, [1971] R.L. 374 (Cuddihy J.) and *Re Criminal Code of Canada, Sections 222, 224 and 224A* (1971), 3 N.B.R. (2d) 511, [1971] N.B.J. No. 31 (S.C.) (QL), where this Court provided an advisory opinion with respect to the interpretation of a predecessor of s. 258(1)(c)(ii). In the course of its reasons, the Court identified the essential elements that "should be proved to establish a case under s. 224 of the *Criminal Code*, i.e., a charge that the accused drove or had the care and control of a motor vehicle, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 milliliters of blood." In the Court's opinion, for the statutory presumption of identity to be engaged, the police officer "must show at what time the offence, which he believed had been committed under s. 222, had been committed […] and the sample was taken pursuant to the demand as soon as practical after the time when the offence is alleged to have been committed and not later than two hours thereafter" (para. 7).

[22] In subsequent decisions by the Supreme Court of Canada and various appellate courts, the relatively obvious understanding of the presumption of identity was readily accepted: "the time when the offence was alleged to have been committed" refers to the time when the defendant operated or had the care or control of his or her automobile (see *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, [1995] S.C.J. No. 23 (QL), paras. 22, 28, 40, 44, 46, 50, 51 and 55; *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, [2005] S.C.J. No. 73 (QL), para. 17; *R. v. Gibson*, [2008] 1 S.C.R. 397, [2008] S.C.J. No. 16 (QL), paras. 16, 22, 24, 49, 50 and 54; and *R. v O'Meara*, 2012 ONCA 420, [2012] O.J. No. 2752 (QL), para. 28).

[23] Furthermore, there are at least two appellate decisions whose *ratio decidendi* confirms this understanding of the starting point for the two-hour limit to which the presumption of identity is subject. In *R. v. Tisseur (C.A.Q.)*, [1989] J.Q. No. 243 (C.A.) (QL), the Court found that, on a charge of operating a motor vehicle with a blood alcohol level above the legal limit, the prosecution could rely on the statutory presumption of identity only if the first sample had been taken within two hours after the time of the alleged offence, [TRANSLATION] "namely the operation of the motor vehicle." More recently in *R. v. Sword*, 2015 SKCA 116, [2015] S.J. No. 592 (QL), the Court confirmed the two-hour timeframe for the application of the statutory presumption of identity commenced at the time of driving.

[24] I wrap up this Cook's tour of the jurisprudence, which is, for the most part, captured in the thorough reasons for decision of Judge Holmes in *R. v. Whamond*, by noting the author of the *Elliott* decision recently reversed course in *R. v. Ammar*, 2019 QCCQ 4142, [2019] J.Q. No. 5964 (QL). In that case, Judge Bélisle agreed that, on a charge of driving with a blood alcohol level in excess of the legal limit, the prosecution can only benefit from the presumption of identity if the first sample is taken within two hours of driving. The *Ammar* decision was rendered a few days after the hearing in the Court of Queen's Bench and a few days before the decision under appeal was rendered; not surprisingly, it went unmentioned. Had the summary conviction appeal court judge been aware of *Ammar*, I expect he would have declined to follow *Elliott*, and that he might well have allowed the appeal.

V. Conclusion and Disposition

[25] The summary conviction appeal court judge committed reversible error of law in finding the trial judge's interpretation of s 258(1)(c)(ii) was correct. The presumption of identity that arises from this provision is only engaged if the first breath sample was taken within two hours from the time the defendant operated his motor vehicle, not the time when the investigating officer considered there were reasonable

grounds to believe the offence of operating a motor vehicle with a blood alcohol level in excess of the legal limit had been committed within the previous three hours.

[26] There is no evidence establishing the concentration of alcohol in the appellant's blood at the time he was operating his motor vehicle. It follows the charge under s. 253(1)(b) particularized in the Information has not been proven. As indicated, I would allow the application for leave to appeal, allow the appeal and direct a verdict of acquittal.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction et aperçu

[1] La première procédure engagée devant notre Cour est une demande fondée sur le par. 839(1) du *Code criminel* sollicitant l'autorisation d'appeler du rejet, à la Cour du Banc de la Reine, d'un appel interjeté d'une déclaration de culpabilité par procédure sommaire. L'appelant avait été reconnu coupable d'avoir conduit un véhicule à moteur lorsqu'il avait consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang (al. 253(1)b)). Encore que l'al. 253(1)b) et les dispositions connexes mentionnées ci-après ne fassent plus partie du *Code criminel*, ils demeurent applicables lorsque des procédures se rapportent à des infractions commises avant leur abrogation. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'appel.

[2] La déclaration de culpabilité contestée ne pourra être maintenue que si la présomption que prévoit le s.-al. 258(1)c)(ii) s'applique. Le sous-alinéa 258(1)c)(ii) crée une « présomption d'identité », terme que nous devons à la juge Arbour, auteure des motifs de *R. c. St. Pierre*, [1992] O.J. No. 1856 (C.A.) (QL). Les parties pertinentes de cette disposition prescrivent que, dans les poursuites intentées pour l'infraction prévue à l'al. 253(1)b), lorsque des échantillons d'haleine ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du par. 254(3), les résultats d'analyse obtenus font foi de ce que l'alcoolémie du défendeur au moment de ce contrôle et son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise sont identiques si les conditions suivantes sont réunies : (1) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après « le moment où l'infraction aurait été commise »; (2) le premier échantillon a été prélevé pas plus de deux heures après ce moment.

[3] L'appel soulève sans conteste une question de droit, exigence préliminaire de l'exercice de la compétence que le par. 839(1) confère à notre Cour. De fait, le débat

porte sur l'interprétation correcte du s.-al. 258(1)c)(ii), et exige plus particulièrement de déterminer si les mots « le moment où l'infraction aurait été commise » (« *was alleged to have been committed* », dans la version anglaise) renvoient : (1) au moment de la perpétration de l'infraction selon ce qu'allègue le document d'inculpation d'une façon générale, et selon ce qu'établit la preuve présentée lors du procès; (2) un moment correspondant à une étape de l'enquête policière ayant suivi l'infraction. L'analyse sur laquelle repose cette seconde possibilité demeure inexpliquée. Je hasarderai une hypothèse : il se peut qu'on se soit fondé, à tort cependant, sur l'idée que chacune de ces étapes suppose une [TRADUCTION] « allégation » de l'enquêteur attribuant à l'automobiliste une infraction prévue au par. 253(1). Quoi qu'il en soit, dans les causes où les tribunaux ont retenu cette seconde possibilité, l'étape de l'enquête qui est visée est variablement présentée comme comportant l'une de celles-ci : (1) l'ordre de fournir un échantillon d'haleine aux fins d'analyse à l'aide d'un appareil de détection approuvé (al. 254(2)b)); (2) la détection d'une alcoolémie excessive au moyen de cet appareil; (3) l'arrestation du défendeur; (4) l'ordre de fournir des échantillons donné en vertu du par. 254(3); (5) la conclusion de l'enquêteur à des motifs raisonnables de croire qu'une infraction prévue à l'art. 253 a été commise au cours des trois heures précédentes (par. 254(3)). La juge du procès a assimilé le moment de cette conclusion au « moment où l'infraction aurait été commise », aux termes du s.-al. 258(1)c)(ii).

[4] Le dossier dont nous disposons n'indique pas à quel moment l'appelant a conduit son véhicule pour la dernière fois. Il est démontré toutefois que moins de deux heures se sont écoulées entre, d'une part, le moment où la policière ayant donné l'ordre de fournir des échantillons d'haleine a conclu qu'elle avait les motifs raisonnables que requiert le par. 254(3), et, d'autre part, le moment où le premier échantillon d'haleine a été prélevé. Il est apparu à la juge du procès que cet élément de preuve suffisait pour que la présomption légale d'identité s'applique, et que l'infraction prévue à l'al. 253(1)b) avait donc été prouvée hors de tout doute raisonnable.

[5] En appel, le juge de la Cour du Banc de la Reine a confirmé la déclaration de culpabilité. Il a conclu que l'interprétation donnée du s.-al. 258(1)c)(ii) par la juge du procès était correcte. Je dois exprimer mon respectueux désaccord.

[6] J'estime que le délai courait, pour l'application du s.-al. 258(1)c)(ii), à compter du moment où l'appelant avait conduit son véhicule pour la dernière fois et que le ministère public avait le fardeau de prouver que le premier échantillon d'haleine avait été prélevé au cours des deux heures suivantes. Le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau, étant donné que la preuve n'établissait pas à quel moment l'appelant avait conduit le véhicule. Il s'ensuit que la présomption légale d'identité n'entre pas en jeu et que l'infraction reprochée n'a pas été prouvée. Je suis d'avis d'infirmer la décision et d'ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement.

II. Dispositions du *Code criminel*

[7] Le texte des dispositions pertinentes du *Code criminel* est reproduit à l'annexe A.

III. Contexte

[8] L'accusation portée contre l'appelant est formulée en ces termes dans la dénonciation :

Omer Theodore RICHARD, on or about the 3rd day of November, A.D., 2017, at or near Galloway, in the County of Kent and Province of New Brunswick, did operate a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the concentration thereof in his blood did exceed eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood, committing thereby an offence punishable on summary conviction, contrary to and in violation of Section 253(l)(b) of the Criminal Code of Canada	Omer Theodore RICHARD, le ou vers le 3ième jour de novembre, en l'an de grâce 2017, à ou près de Galloway, dans le comté de Kent et la province du Nouveau-Brunswick, a conduit un véhicule à moteur lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépassait quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, commettant ainsi une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, contrairement et en violation de l'alinéa 253(1)b) du *Code*

and amendments thereto.

criminel du Canada et de ses modifications y apportées.

[9] Au procès, le ministère public a demandé que l'accusé soit déclaré coupable sur le fondement du témoignage de la gendarme chargée de l'enquête, Myriam Boudreau, du certificat du technicien qualifié et de la présomption d'identité prévue au s.-al. 258(1)c)(ii).

[10] La gendarme Boudreau a témoigné que peu après 16 h à la date indiquée dans la dénonciation, le 3 novembre 2017, elle s'était rendue sur les lieux d'une collision survenue entre deux véhicules. À son arrivée, elle a constaté qu'un véhicule du service d'incendie et une ambulance étaient intervenus. L'une des personnes blessées par suite de l'accident se trouvait déjà assise dans l'ambulance.

[11] La gendarme Boudreau a ensuite établi que l'appelant conduisait l'un des véhicules accidentés. Au bout d'un certain temps, elle a fini par soupçonner la présence d'alcool dans son organisme et, à 16 h 40, elle l'a sommé de souffler dans le tube d'un appareil de détection approuvé. Il a obtempéré et l'appareil a détecté une alcoolémie excessive. La gendarme Boudreau en a conclu que l'appelant avait commis une infraction prévue au par. 253(1) au cours des trois heures précédentes. Elle l'a arrêté et lui a donné l'ordre de fournir des échantillons de son haleine en vertu du par. 254(3).

[12] Conduit au poste local de la GRC, l'appelant y a fourni deux échantillons d'haleine. Le certificat d'un technicien qualifié a été établi par la suite. Il indiquait que le premier échantillon d'haleine avait été prélevé à 17 h 51 et que les résultats des analyses des deux échantillons montraient que l'alcoolémie de l'appelant au moment du contrôle dépassait la limite permise à l'al. 253(1)b). Le certificat a été admis en preuve au procès.

[13] L'appelant n'a pas témoigné.

[14] Facteur déterminant, le ministère public n'a présenté aucune preuve établissant à quel moment l'appelant avait conduit son véhicule pour la dernière fois le

3 novembre 2017. L'exposé du ministère public terminé, la défense a fait valoir que, sans cet élément de preuve, la présomption légale d'identité n'entrait pas en jeu et que, par conséquent, la preuve n'était pas faite d'un élément essentiel de l'infraction : une alcoolémie supérieure à la limite permise au moment où l'appelant conduisait son véhicule.

[15] Il ressort manifestement de ce qui précède que le premier échantillon a été fourni moins de deux heures après que la gendarme Boudreau a conclu, à 16 h 40, qu'une infraction prévue au par. 253(1) avait été commise au cours des trois heures précédentes. La juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « le délai de deux heures » prescrit au s.-al. 258(1)c)(ii) avait commencé [TRADUCTION] « à courir » à ce moment-là. Ainsi, puisque le premier échantillon d'haleine avait été prélevé moins de deux heures après 16 h 40, la présomption légale d'identité s'appliquait et chacun des éléments essentiels de l'infraction avait été établi hors de tout doute raisonnable. La juge a donc déclaré l'appelant coupable de l'infraction reprochée.

[16] Comme je l'ai indiqué en introduction, la Cour du Banc de la Reine, en appel, a confirmé la déclaration de culpabilité. Le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a écrit, dans ses motifs, qu'[TRADUCTION] « [u]ne cour d'appel n'a pas pour rôle de substituer son opinion à celle du juge de première instance », mais de « déterminer si ce dernier a commis des erreurs manifestes ou dominantes à l'égard du droit » (par. 20). L'appelant fait valoir qu'il s'agit d'une formulation erronée de la norme de contrôle applicable aux questions de droit, qui est la norme de la décision correcte. J'en conviens. Cependant, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a appliqué la norme appropriée, en définitive, lorsqu'il a donné pour motif de sa décision que la juge du procès avait interprété correctement le s.-al. 258(1)c)(ii) (par. 23). À mon sens, il n'y a pas lieu de s'étendre davantage sur la norme de contrôle applicable.

[17] Pour conclure que l'interprétation donnée du s.-al. 258(1)c)(ii) par la juge du procès était correcte, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires s'est appuyé principalement sur les vues exprimées à cet égard dans *R. c. Elliott*,

2010 QCCQ 8680, [2010] J.Q. nº 10311 (QL), et *R. c. Harrison*, [2013] A.N.-B. nº 204 (C.P.) (QL). Dans *Elliott*, la Cour a conclu que : [TRADUCTION] « le délai de deux heures, prescrit au sous-alinéa 258(1)c)(ii) du *Code criminel* pour que s'applique la présomption d'identité, a commencé à courir au moment de l'arrestation de l'accusé […], qui constitue le moment de la perpétration de l'infraction ». Il a été jugé, dans *Harrison*, que cette période de deux heures commence à courir au moment où « un agent de la paix, pour des motifs raisonnables, en vient à croire que l'accusé a commis, au cours des trois heures précédentes, une infraction à l'art. 253 » (par. 40). Je suis du respectueux avis que ces vues sont incorrectes.

[18] Dans le mémoire qu'elle a adressé à notre Cour, la procureure générale concède que l'interprétation du s.-al. 258(1)c)(ii) adoptée par les juridictions inférieures est incorrecte. Elle conteste toutefois l'appel et préfère, par déférence envers notre Cour, qu'un arrêt soit prononcé sur la question de droit en litige. Après tout, il pourrait se trouver encore dans le système des causes dont l'issue dépendra du s.-al. 258(1)c)(ii).

IV. Analyse et décision

[19] L'intention du législateur signifiée par l'adoption de la présomption légale d'identité, intention claire au regard du régime de simplification des poursuites auquel la présomption devait concourir, ainsi que le courant jurisprudentiel fortement prépondérant en cette matière autorisent à penser que, dans le cas d'une accusation de conduite d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie supérieure à la limite permise, les mots « le moment où l'infraction aurait été commise », employés au s.-al. 258(1)c)(ii), tout comme les formulations semblables de dispositions antérieures, désignent le moment, précisé par la preuve, de l'infraction qu'allègue le document d'inculpation.

[20] La présomption légale a pour objet de mettre en corrélation l'alcoolémie au moment du contrôle et l'alcoolémie au moment de l'infraction. Elle vise à éliminer la nécessité d'une preuve d'expert établissant que l'alcoolémie du défendeur au moment du contrôle était telle que son alcoolémie, au moment de l'infraction qu'allègue le document

d'inculpation, dépassait la limite permise. Si les mots « le moment où l'infraction aurait été commise », au s.-al. 258(1)c)(ii), désignaient un autre moment que celui de la perpétration de l'infraction (par exemple, le moment où l'enquêteur a conclu à l'existence des motifs raisonnables requis), la présomption légale d'identité apporterait un piètre raccourci en matière de preuve; elle n'établirait l'identité de l'alcoolémie qu'entre cet autre moment et le moment du contrôle. Par conséquent, des éléments de preuve en complément du certificat du technicien qualifié seraient nécessaires pour prouver que l'alcoolémie à cet autre moment dépassait au moment de l'infraction la limite permise. Ce serait aller à l'encontre de l'intention du législateur. Sur ce point, je fais miennes les observations suivantes, extraites de *R. c. Whamond*, 2013 ABPC 179, [2013] A.J. 729 (QL) :

> [TRADUCTION]
> Je suis d'avis qu'avec le délai de deux heures prescrit par l'art. 258, le législateur vise à faire en sorte que l'alcoolémie […] révélée par l'échantillon d'haleine soit liée temporellement à la conduite du véhicule à moteur.
>
> Comme dans bien des cas on en vient à former des motifs raisonnables et probables pour l'arrestation bien après la perpétration de l'infraction, l'avocat de l'accusé a raison de souligner qu'établir un lien entre les échantillons et le moment de l'arrestation ou celui de la formation des motifs raisonnables et probables ne réaliserait pas cet objectif. [par. 20 et 21]

[21] De plus, les tribunaux n'ont pas tardé à conclure, à la suite de l'adoption de la présomption d'identité par le Parlement, que le délai maximal de deux heures court à compter du moment où l'infraction imputée aurait été commise. Les toutes premières décisions judiciaires en ce sens qui aient été publiées semblent être *La Reine c. Bergeron*, [1971] R.L. 374 (le juge Cuddihy), et *Re Criminal Code of Canada, Sections 222, 224 and 224A* (1971), 3 N.B.R. (2d) 511, [1971] N.B.J. No. 31 (C.S.N.-B.) (QL), arrêt dans lequel notre Cour donnait un avis consultatif sur l'interprétation d'un prédécesseur du s.-al. 258(1)c)(ii). Dans ses motifs, notre Cour indique les éléments qu'il est essentiel de [TRADUCTION] « prouver pour démontrer le bien-fondé d'une accusation reposant sur

l'art. 224 du *Code criminel*, c'est-à-dire d'une accusation reprochant à l'accusé d'avoir conduit un véhicule à moteur ou d'en avoir eu la garde et le contrôle 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 ». La Cour précise que, pour que la présomption légale joue, le policier [TRADUCTION] « doit établir à quel moment a été commise l'infraction à l'art. 222 qu'il croyait avoir été commise [et] que l'échantillon a été prélevé conformément à une sommation dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise, et pas plus de deux heures après ce moment » (par. 7).

[22] La Cour suprême du Canada et divers tribunaux d'appel, dans des arrêts ultérieurs, ont adopté sans hésiter cette interprétation relativement évidente de la présomption d'identité : « le moment où l'infraction aurait été commise » désigne le moment où le défendeur conduisait ou avait la garde ou le contrôle de son automobile (*R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, [1995] A.C.S. nº 23 (QL), par. 22, 28, 40, 44, 46, 50, 51 et 55; *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, [2005] A.C.S. nº 73 (QL), par. 17; *R. c. Gibson*, [2008] 1 R.C.S. 397, [2008] A.C.S. nº 16 (QL), par. 16, 22, 24, 49, 50 et 54; et *R. c. O'Meara*, 2012 ONCA 420, [2012] O.J. No. 2752 (QL), par. 28).

[23] En outre, la *ratio decidendi* d'au moins deux jugements d'appel confirme cette interprétation du point de départ de la limite de deux heures qui régit la présomption d'identité. Dans *R. c. Tisseur (C.A.Q.)*, [1989] J.Q. nº 243 (C.A.) (QL), la Cour a jugé que le ministère public ne peut s'appuyer sur la présomption législative d'identité, pour une accusation de conduite d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie supérieure à la limite permise, que si le premier échantillon a été prélevé dans les deux heures suivant l'infraction alléguée, « soit la conduite du véhicule ». Dans un arrêt plus récent, *R. c. Sword*, 2015 SKCA 116, [2015] S.J. No. 592 (QL), la Cour a confirmé que le délai de deux heures qu'il convient de respecter pour que la présomption législative d'identité s'applique court à compter de la conduite du véhicule.

[24] Je conclus ce survol de la jurisprudence, dont l'essentiel est passé en revue dans les motifs exhaustifs que le juge Holmes a donnés dans *R. c. Whamond*, en faisant observer que l'auteur des motifs de la décision *Elliott* a changé de cap récemment, dans *R. c. Ammar*, 2019 QCCQ 4142, [2019] J.Q. nº 5964 (QL). Dans cette décision, le juge Bélisle a reconnu que le ministère public ne peut bénéficier de la présomption d'identité, dans le cas d'une accusation de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise, que si le premier échantillon a été prélevé dans les deux heures suivant la conduite du véhicule. Le jugement *Ammar* a été prononcé quelques jours après l'audience devant la Cour du Banc de la Reine et quelques jours avant qu'elle rende la décision dont notre Cour est saisie; il n'est pas étonnant que ce jugement n'y soit pas mentionné. Je crois que, si le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires avait eu connaissance du jugement *Ammar*, il aurait refusé de suivre la décision *Elliott* et aurait bien pu admettre l'appel.

V. Conclusion et dispositif

[25] Le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur de droit justifiant l'infirmation de sa décision en concluant que l'interprétation du s.-al. 258(1)c)(ii) donnée par la juge du procès était correcte. La présomption d'identité issue de cette disposition n'intervient que si le premier échantillon d'haleine a été prélevé dans les deux heures suivant le moment où le défendeur conduisait son véhicule à moteur, et non pas le moment où l'enquêteur a jugé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que l'infraction de conduite d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie supérieure à la limite permise avait été commise au cours des trois heures précédentes.

[26] La preuve n'établit pas quelle était l'alcoolémie de l'appelant au moment où il conduisait son véhicule. Par conséquent, le bien-fondé de l'accusation reposant sur l'al. 253(1)b) formulée dans la dénonciation n'a pas été prouvé. Comme je l'ai indiqué précédemment, je suis d'avis d'accueillir la demande d'autorisation d'appel, d'accueillir l'appel et d'ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement.

APPENDIX A / ANNEXE A

253(1) Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

253(1) Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants :

[…]

[…]

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

[…]

[…]

254(2) If a peace officer has reasonable grounds to suspect that a person has alcohol or a drug in their body and that the person has, within the preceding three hours, operated a motor vehicle or vessel, operated or assisted in the operation of an aircraft or railway equipment or had the care or control of a motor vehicle, a vessel, an aircraft or railway equipment, the peace officer may, by demand, require the person to comply with the requirements of either or both of paragraphs (a) and (c), in the case of a drug, or with the requirements of either or both of paragraphs (a) and (b), in the case of alcohol:

254(2) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une personne a dans son organisme de l'alcool ou de la drogue et que, dans les trois heures précédentes, elle a conduit un véhicule — véhicule à moteur, bateau, aéronef ou matériel ferroviaire — ou en a eu la garde ou le contrôle ou que, s'agissant d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, elle a aidé à le conduire, peut lui ordonner de se soumettre aux mesures prévues à l'un ou l'autre des alinéas a) et c), ou aux deux, dans le cas où il soupçonne la présence de drogue, ou aux mesures prévues à l'un ou l'autre des alinéas a) et b), ou aux deux, dans le cas où il soupçonne la présence d'alcool, et, au besoin, de le suivre à cette fin :

[…]

[…]

(b) to provide forthwith a sample of breath that, in the peace officer's opinion, will enable a proper analysis to be made by

b) fournir immédiatement l'échantillon d'haleine que celui-ci estime nécessaire à la réalisation d'une analyse convenable à

means of an approved screening device and, if necessary, to accompany the peace officer for that purpose; and

l'aide d'un appareil de détection approuvé;

[…]

[…]

254(3) If a peace officer has reasonable grounds to believe that a person is committing, or at any time within the preceding three hours has committed, an offence under section 253 as a result of the consumption of alcohol, the peace officer may, by demand made as soon as practicable, require the person

254(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, une infraction prévue à l'article 253 par suite d'absorption d'alcool peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner :

(a) to provide, as soon as practicable,

a) de lui fournir dans les meilleurs délais les échantillons suivants :

(i) samples of breath that, in a qualified technician's opinion, will enable a proper analysis to be made to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, or

(i) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer son alcoolémie,

(ii) if the peace officer has reasonable grounds to believe that, because of their physical condition, the person may be incapable of providing a sample of breath or it would be impracticable to obtain a sample of breath, samples of blood that, in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples, will enable a proper analysis to be made to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood; and

(ii) soit les échantillons de sang qui, de l'avis du technicien ou du médecin qualifiés qui effectuent le prélèvement, sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer son alcoolémie, dans le cas où l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'à cause de l'état physique de cette personne elle peut être incapable de fournir un échantillon d'haleine ou le prélèvement d'un tel échantillon serait difficilement réalisable;

(b) if necessary, to accompany the peace officer for that purpose**.**

b) de le suivre, au besoin, pour que puissent être prélevés les échantillons de sang ou d'haleine.

[…]

[…]

258 (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or subsection 254(5) or in any proceedings under any of

258 (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou au paragraphe 254(5) ou dans des poursuites

subsections 255(2) to (3.2),

[…]

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

[…]

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

[…]

evidence of the results of the analyses so made is conclusive proof that the concentration of alcohol in the accused's blood both at the time when the analyses were made and at the time when the offence was alleged to have been committed was, if the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, if the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses, in the absence of evidence tending to show all of the following three things — that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused's blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused's blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed.

engagées en vertu de l'un des paragraphes 255(2) à (3.2) :

[…]

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

[…]

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