

Henry Joseph Vander-Beek and William Fergus Albright *Appellants*;

and

Her Majesty the Queen *Respondent*.

1970: June 19; 1970: October 6.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence, Pigeon and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law—Joint trial—Evidence—Admissibility—Accused not calling evidence—Co-accused testifying and implicating accused—Admissibility against accused of that evidence.

The two appellants were tried jointly with E on counts of breaking and entering and of being in possession of stolen property. At the close of the case for the prosecution, counsel for the appellants moved for a dismissal on the ground that there was no evidence. The magistrate denied the motion. Thereupon counsel for the appellants moved for acquittal on the ground that there was insufficient evidence and announced that no evidence would be called on behalf of these two appellants. The magistrate reserved decision on this motion, stating that he would deal with it when he had heard all the evidence. The case proceeded. Counsel for the appellants took no further part in the trial except in the argument at the close of the case. E gave evidence tending to exonerate himself, but which im-

Henry Joseph Vander-Beek et William Fergus Albright *Appellants*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1970: le 19 juin; 1970: le 6 octobre.

Présents: Le Juge en Chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence, Pigeon et Laskin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel—Procès conjoint—Preuve—Recevabilité—Accusé ne présente pas de preuve—Coaccusé témoigne et implique l'accusé—Recevabilité de cette preuve contre l'accusé.

Les deux appelants subirent, conjointement avec E, leur procès sur des chefs d'accusation de s'être introduits dans un endroit par effraction et d'avoir été en possession d'objets volés. Dès que la poursuite eut présenté sa preuve, l'avocat des appelants demanda le non-lieu pour la raison que la Cour n'était saisie d'aucune preuve. Le magistrat rejeta cette requête. L'avocat des appelants demanda alors l'acquittement pour la raison que la preuve offerte ne suffisait pas et informa la Cour qu'aucune preuve ne serait présentée en faveur de ces deux appelants. Le magistrat prit en délibéré sa décision sur cette requête, déclarant qu'il attendrait d'avoir entendu toute la preuve. Le procès continua. L'avocat des appelants ne dit plus rien sauf en sa plaidoirie une fois la preuve close. E fit une déposition tendant à

plicated the appellants. He was acquitted on the ground that his explanation had raised a reasonable doubt. The magistrate ruled that E's evidence implicating the appellants was not receivable as against them as they had elected to call no evidence, and he acquitted them. On an appeal by the Crown, the Court of Appeal ordered a new trial. The accused appealed to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence and Pigeon JJ.: The situation at the close of the case for the prosecution was that there was ample evidence upon which the magistrate could have convicted all three accused. In such a situation, where two or more accused are jointly indicted, the case is not concluded until all the evidence is in. All the testimony heard throughout the trial is evidence for or against each accused. *R. v. MacDonald* (1962), 38 C.R. 104, was wrongly decided.

Per Laskin J.: A joint trial, once properly in course, is not terminable by any one of the accused at the close of the Crown's case in chief when he thinks it to be to his advantage not to run the risk of having damaging testimony given by his co-accused. If any co-accused gives evidence, it takes effect under the tests ordinarily applicable to the evidence of a witness. There is no rule of its legal inadmissibility against an accused who has himself decided not to put in a defence. The fact that he closes his case after the Crown's evidence in chief does not mean that he can thereby convert a joint trial into a trial of himself alone. A co-accused may not limit the effect of relevant and admissible evidence which his co-accused volunteers as a witness in making his defence.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, ordering a new trial on charges of breaking and entering and unlawful possession of stolen goods. Appeal dismissed.

J. M. Poyner, for the appellants.

W. G. Burke-Robertson, Q.C., for the respondent.

¹ [1970] 2 C.C.C. 119, 69 W.W.R. 742, 9 C.R.N.S. 67.

l'exonérer, mais qui impliquait les appelants. Il fut acquitté parce que son explication avait soulevé un doute raisonnable. Le magistrat décida que le témoignage de E impliquant les appelants n'était pas recevable contre ces derniers qui avaient déjà décidé de ne produire aucune preuve, et il les acquitta. Sur appel de la poursuite, la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès. Les accusés en appelèrent à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être rejeté.

Le Juge en Chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence et Pigeon: Quand la poursuite eut présenté sa preuve, il y avait amplement de preuve pour que le magistrat ait pu condamner les trois accusés. En pareil cas, lorsque deux ou plusieurs prévenus sont conjointement mis en accusation, la preuve n'est close que lorsque toute la preuve a été offerte. Tous les témoignages entendus pendant tout le procès font preuve en faveur ou à l'encontre de chaque accusé. La décision *R. v. MacDonald* (1962), 38 C.R. 104, est erronée.

Le Juge Laskin: L'un quelconque des accusés ne peut pas mettre fin à un procès conjoint dûment en cours, lorsque la Couronne clôt sa preuve principale, s'il juge qu'il lui serait avantageux de ne pas courir le risque d'un témoignage préjudiciable que rendrait son coaccusé. Si quelque coaccusé dépose, son témoignage prend effet selon les critères habituellement applicables à la déposition d'un témoin. Il n'existe pas de règle de l'inadmissibilité juridique de telle déposition à l'encontre d'un accusé qui a lui-même décidé de ne pas présenter de défense. Le fait qu'il ne présente pas de défense une fois la preuve principale de la Couronne terminée ne signifie pas qu'il peut ainsi convertir un procès conjoint en un procès dans lequel il serait le seul accusé. Un coaccusé ne peut limiter l'effet d'un témoignage pertinent et admissible que son coaccusé rend volontairement en présentant sa défense.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, ordonnant un nouveau procès sur les chefs d'accusation suivants: s'être introduit dans un endroit par effraction et avoir été en possession d'objets volés. Appel rejeté.

J. M. Poyner, pour les appelants.

W. G. Burke-Robertson, c.r., pour l'intimée.

¹ [1970] 2 C.C.C. 119, 69 W.W.R. 742, 9 C.R.N.S. 67.

The judgment of Fauteux C.J. and of Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence and Pigeon JJ. was delivered by

HALL J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹ whereby the acquittal of the appellants who were tried jointly with one Ellsworth by Magistrate Bewley in Vancouver on counts of breaking and entering and of being in possession of stolen property, knowing that the same had been stolen, was set aside and a new trial ordered.

The evidence adduced by the Crown showed that sometime after 10:00 p.m. on October 10, 1968, and prior to 1:00 a.m., October 11, 1968, the premises of Ornamental Bronze Company Limited in Vancouver had been broken into and entered and a quantity of bronze ingots, tools and an adding machine had been stolen from the premises. At approximately 1:30 a.m. on October 11th police officers on patrol noticed a motor vehicle proceeding along a street in Vancouver with its lights out. The rear end of the vehicle appeared to be heavily weighted down. The officers stopped the vehicle which was being driven by Ellsworth. The appellants were passengers in the vehicle, both sitting in the front seat and to the right of Ellsworth. An adding machine was found on the back seat of the vehicle and a tool chest, some tools and a quantity of bronze ingots were found in the trunk. These were identified as the property which had been stolen from the Ornamental Bronze Company Limited premises after 10:00 p.m. the preceding evening. The appellants offered no explanation when found with Ellsworth in possession of the stolen property.

The trial proceeded against the three accused jointly. At the close of the case for the prosecution counsel for the appellants moved for a dismissal of the charges and for acquittal of the appellants on the ground that there was no evidence before the Court upon which the two appellants could be convicted. The learned magistrate denied the motion. Thereupon counsel for the appellants moved for acquittal on the ground

Le jugement du Juge en Chef Fauteux et des Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence et Pigeon a été rendu par

LE JUGE HALL—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ qui a infirmé une décision du magistrat Bewley, de Vancouver et ordonné un nouveau procès. Le magistrat Bewley avait acquitté les appelants, jugés conjointement avec un dénommé Ellsworth sur les chefs d'accusation suivants: s'être introduit dans un endroit par effraction et avoir été en possession d'objets volés, sachant que ceux-ci avaient été volés.

La preuve présentée par la Couronne a établi qu'entre 10h. du soir, le 10 octobre 1968, et 1h. du matin, le 11 octobre 1968, il y avait eu introduction par effraction dans les locaux de l'Ornamental Bronze Company Limited, à Vancouver, qu'on y avait volé des lingots de bronze, des outils, et une calculatrice. Vers 1h.30 du matin, le 11 octobre, des agents de police qui étaient de patrouille remarquèrent dans une rue de Vancouver une voiture qui roulait phares et feux éteints. L'arrière de la voiture semblait être très alourdi. Les agents firent arrêter la voiture. Ellsworth était au volant et les appelants étaient tous deux assis à sa droite sur le siège avant. Sur le siège arrière les agents trouvèrent une calculatrice; et dans le coffre de la voiture ils trouvèrent un coffret à outils, des outils et des lingots de bronze. Ces objets ont été identifiés comme étant ceux qui avaient été volés la veille, après 10h., dans les locaux de l'Ornamental Bronze Company Limited. Les appelants ne donnèrent aucune explication lorsque les agents les trouvèrent avec Ellsworth en possession des objets volés.

Les trois accusés subirent conjointement leur procès. Dès que la poursuite eut présenté sa preuve, l'avocat des appelants demanda le non-lieu et l'acquittement des appelants pour la raison que la Cour n'était saisie d'aucune preuve permettant de condamner les deux appelants. Le savant magistrat ayant rejeté cette requête, l'avocat des appelants demanda alors l'acquittement pour la raison que la preuve offerte ne suffisait

¹ [1970] 2 C.C.C. 119, 69 W.W.R. 742, 9 C.R.N.S. 67.

¹ [1970] 2 C.C.C. 119, 69 W.W.R. 742, 9 C.R.N.S. 67.

that there was insufficient evidence on which the appellants could be convicted and announced to the Court that no evidence would be called on behalf of these two appellants. The learned magistrate reserved decision on this motion, stating he would deal with it when he had heard all the evidence. The case proceeded. Counsel for the appellants took no further part in the trial except in the argument at the close of the case. Ellsworth gave evidence tending to exonerate himself, but which implicated the appellants. The learned magistrate acquitted Ellsworth on the ground that his explanation had raised a reasonable doubt. He ruled that Ellsworth's evidence implicating the appellants was not receivable as against the appellants who had earlier elected to call no evidence, and he acquitted the appellants on the grounds that the Crown had not led sufficient evidence, excluding that of Ellsworth, on which guilt could be established beyond a reasonable doubt. He considered himself bound by the judgment of Schultz Co. Ct.J. in *Regina v. MacDonald et al.*².

The appeal from the order for a new trial cannot succeed. *Regina v. MacDonald* was wrongly decided. Here the situation at the close of the case for the prosecution was that there was ample evidence upon which the learned magistrate could have convicted all three accused. The circumstances given in evidence of the three accused being in possession of the stolen property were such that some explanation by the appellants was called for. Ellsworth offered an explanation. The appellants said nothing. The vehicle they were in was loaded with stolen property, the adding machine being in plain view on the rear seat. Any ruling by the magistrate that there was no evidence before him upon which he might convict would have been erroneous in law. Counsel for the appellants accepts this in his submission. This being so there could be no basis for a directed verdict of acquittal at that stage of the trial.

The appellants relied on the case of *Rex v. Power*³, but the case is of no assistance to them. Darling J. who spoke for the Court in *Power*,

pas à condamner les appelants, et informa la Cour qu'aucune preuve ne serait présentée en faveur de ces deux appelants. Le savant magistrat prit en délibéré sa décision sur cette requête, déclarant qu'il attendrait d'avoir entendu toute la preuve. Le procès continua. L'avocat des appelants ne dit plus rien sauf en sa plaidoirie une fois la preuve close. Ellsworth fit une déposition tendant à l'exonérer, mais qui impliquait les appelants. Le savant magistrat acquitta Ellsworth parce que son explication avait soulevé un doute raisonnable. Il décida que le témoignage d'Ellsworth impliquant les appelants n'était pas recevable contre ces derniers qui avaient déjà décidé de ne produire aucune preuve, et il acquitta les appelants parce que la preuve de la Couronne, hormis le témoignage d'Ellsworth, ne suffisait pas à établir la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable. Le magistrat se considéra lié par le jugement du juge Schultz, de la Cour de comté, dans *Regina c. MacDonald et al.*².

Le présent pourvoi à l'encontre de l'ordonnance prescrivant un nouveau procès ne peut être accueilli. La décision *Regina c. MacDonald* était erronée. Dans ce cas, quand la poursuite eut présenté sa preuve, il y avait amplement de preuve pour que le savant magistrat ait pu condamner les trois accusés. D'après les témoignages, les trois accusés avaient été trouvés en possession des biens volés dans des circonstances telles qu'une explication de la part des appelants s'imposait. Ellsworth a donné une explication. Les appelants n'ont rien dit. Ils étaient dans une voiture chargée de biens volés, la calculatrice étant bien en vue sur le siège arrière. Toute décision du magistrat qu'il n'était saisi d'aucune preuve lui permettant de prononcer une condamnation aurait été erronée en droit. L'avocat des appelants l'admet dans son argumentation. Dans ces conditions, rien ne pouvait justifier le magistrat, à cette étape du procès, de recommander un verdict d'acquiescement.

Les appelants ont invoqué la cause *Rex v. Power*³, mais cette cause ne les aide aucunement. Le juge Darling, qui parlait au nom de la Cour

² (1962), 38 C.R. 104, 40 W.W.R. 92.

³ (1919), 14 Cr. App. R. 17, [1919] 1 K.B. 572.

² (1962), 38 C.R. 104, 40 W.W.R. 92.

³ (1919), 14 Cr. App. R. 17, [1919] 1 K.B. 572.

referring to that case in *R. v. Hogan*⁴, said at p. 183: "I did not say that whenever a defendant submitted that there was no case and took no further part in the trial the judge must withdraw the case from the jury." The appellants also relied on *Regina v. Abbott*⁵, but that case has no application to the present appeal. In *Abbott* there was at the close of the case for the prosecution no evidence upon which Abbott, one of two co-accused charged with forgery, could be convicted, and, in fact, the evidence for the prosecution negated his participation in the crime. The trial judge on an application to withdraw the case from the jury for want of any evidence implicating Abbott refused to do so. The trial proceeded and the co-accused gave evidence implicating Abbott. The jury convicted. The Court of Criminal Appeal set aside Abbott's conviction. That is a different situation from the present one. Here there was at the close of the case for the prosecution evidence upon which the learned magistrate could have convicted. In such a situation, where two or more accused are jointly indicted, the case is not concluded until all the evidence is in. All the testimony heard throughout the trial is evidence for or against each accused.

The appeal should accordingly be dismissed.

LASKIN J.—I agree with my brother Hall that the appeal fails. The principle invoked by the appellants is that whether an accused be tried alone or jointly with others, he has the same right in the latter case as in the former, once he elects not to put in a defence, to have his guilt or innocence determined on the sufficiency of the Crown's case against him in chief, and he may therefore insist that the trier of fact dispose of the charge against him without regard to any implicating evidence subsequently given by a co-accused.

⁴ (1922), 16 Cr. App. R. 182.

⁵ [1955] 2 Q.B. 497, [1955] 2 All. E.R. 899, 39 Cr. App. R. 141.

dans la cause *Power*, s'y est reporté dans *R. c. Hogan*⁴ et dit, à la page 183: [TRADUCTION] «Je n'ai pas dit que, chaque fois qu'un accusé soutient qu'il y a absence de preuve et ne dit plus rien, le juge doit retirer la cause du jury». Les appelants ont également invoqué *Regina c. Abbott*⁵, mais cette cause ne s'applique pas au présent pourvoi. Dans la cause *Abbott*, quand la poursuite eut présenté sa preuve, aucune preuve ne permettait de condamner Abbott, un des deux coaccusés de faux; en fait, d'après les témoignages à charge, il ne pouvait pas avoir participé à l'infraction. Le juge de première instance rejeta une requête en vue de retirer la cause du jury pour absence *totale* de preuve contre Abbott. Le procès se poursuivit et, dans son témoignage, le coaccusé impliqua Abbott. Le jury condamna ce dernier. La Court of Criminal Appeal infirma cette condamnation. La situation était différente de celle que nous considérons ici. Dans ce cas-ci, quand la poursuite eut présenté sa preuve, il y avait une preuve qui aurait permis au savant magistrat de condamner. En pareil cas, lorsque deux ou plusieurs prévenus sont conjointement mis en accusation, la preuve n'est close que lorsque toute la preuve a été offerte. Tous les témoignages entendus pendant tout le procès font preuve en faveur ou à l'encontre de chaque accusé.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE LASKIN—Comme mon collègue le Juge Hall je suis d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi. Le principe qu'invoquent les appelants est le suivant: qu'un accusé soit jugé seul ou conjointement avec d'autres, il a droit dans le dernier cas comme dans le premier, s'il décide de ne pas présenter de défense, à ce que sa culpabilité ou son innocence soit déterminée d'après la suffisance de la preuve principale de la Couronne; il peut donc insister pour que celui qui juge des faits statue sur l'accusation portée contre lui sans tenir compte de témoignages l'impliquant, subséquentement rendus par un coaccusé.

⁴ (1922), 16 Cr. App. R. 182.

⁵ [1955] 2 Q.B. 497, [1955] 2 All. E.R. 899, 39 Cr. App. R. 141.

The principle is misconceived in respect of a joint trial, especially where, as here, no question is in issue as to the propriety of the joinder. Section 4(1) of the *Canada Evidence Act* declares that an accused person is a competent witness whether charged solely or jointly with any other witness. A joint trial, once properly in course, is not terminable by any one of the accused at the close of the Crown's case in chief when he thinks it to be to his advantage not to run the risk of having damaging testimony given by his co-accused. On the contrary, if any co-accused gives evidence, it takes effect under the tests ordinarily applicable to the evidence of a witness. There is no rule of its legal inadmissibility against an accused who has himself decided not to put in a defence.

The fact that he closes his case after the Crown's evidence in chief does not mean that he can thereby convert a joint trial into a trial of himself alone. This view, adverse to the appellants, goes to the very considerations that make a joint trial proper. If proper, it must run its course as to all who are involved in it, so far as concerns the issues and the evidence touching any of the co-accused, each of whom is, by his choice, a competent witness in the joint trial.

Although the Crown cannot compel an accused to testify at his trial, this does not mean that a co-accused may limit the effect of relevant and admissible evidence which that accused volunteers as a witness in making his defence.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Maczko, Poyner & Gibbons, Vancouver.

Solicitor for the respondent: G. L. Murray, Vancouver.

Ce principe est mal conçu à l'égard d'un procès conjoint, surtout dans les cas où, comme en l'espèce, l'opportunité du procès conjoint n'est pas contestée. Le paragraphe premier de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit qu'une personne accusée d'infraction est habile à rendre témoignage, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec d'autres personnes. L'un quelconque des accusés ne peut pas mettre fin à un procès conjoint dûment en cours, lorsque la Couronne clôt sa preuve principale, s'il juge qu'il lui serait avantageux de ne pas courir le risque d'un témoignage préjudiciable que rendrait son coaccusé. Au contraire si quelque coaccusé dépose, son témoignage prend effet selon les critères habituellement applicables à la déposition d'un témoin. Il n'existe pas de règle de l'inadmissibilité juridique de telle déposition à l'encontre d'un accusé qui a lui-même décidé de ne pas présenter de défense.

Le fait qu'il ne présente pas de défense une fois la preuve principale de la Couronne terminée ne signifie pas qu'il peut ainsi convertir un procès conjoint en un procès dans lequel il serait le seul accusé. Cette opinion défavorable aux appelants met en cause les considérations mêmes qui rendent opportun un procès conjoint. S'il est opportun, il doit suivre son cours pour tous ceux qui y sont impliqués, en ce qui concerne les points en litige et la preuve qui intéressent l'un ou l'autre des coaccusés, chacun d'eux étant habile à témoigner, s'il le veut.

La Couronne ne peut pas forcer un accusé à témoigner à son procès, mais il n'en découle pas qu'un coaccusé puisse limiter l'effet d'un témoignage pertinent et admissible que le premier rend volontairement en présentant sa défense.

Appel rejeté.

Procureurs des appelants: Maczko, Poyner & Gibbons, Vancouver.

Procureur de l'intimée: G. L. Murray, Vancouver.