

Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd., Redpath Industries Limited, St. Lawrence Sugar Limited and S.L.S.R. Holdings Limited
Appellants;

and

The Attorney General of Canada *Respondent.*

1979: December 10, 11 and 12; 1980: July 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Combines — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Market shares maintained — Tacit agreement or "conscious parallelism" — Burden of proof — Mens rea — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 32(1)(b), 32(1)(c) — Criminal Code, ss. 605(1)(a), 618(2)(a).

The three appellants were charged by a bill of indictment containing two counts, both relating to the period January 1, 1960, to May 31, 1973. In count 1 the charge was that the appellants conspired to enhance unreasonably the price of sugar in eastern Canada, and in count 2 the appellants were charged with conspiracy to prevent or lessen, unduly, competition in the production, transportation, sale and supply of sugar in eastern Canada, contrary to s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*.

The evidence indicated that each of the appellants operated sugar refineries in which imported sugar was refined for marketing in the region extending from the Atlantic Ocean to the western boundary of Ontario. During World War II, the marketing of sugar was regulated by the Wartime Prices and Trade Board and the appellants, then the only sugar refiners in business, were allotted shares of the market in eastern Canada. When the controls ended in 1949 the appellants had the following shares of the market: Atlantic, 35.6 per cent, Redpath, 42.7 per cent and St. Lawrence, 21.7 per cent. This proportional participation in the market continued without interruption until 1958 when Redpath set about to increase its market share by reducing its prices, and its share of the market rose from 42.8 per cent in 1957 to 46.6 per cent in 1958. As a result of this price-cutting program the appellant Redpath suffered a severe financial drain and was taken over by Tate & Lyle Limited. Thereafter, the price-cutting policy was discontinued

Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd., Les Industries Redpath Limitée, Sucre St-Laurent Limitée et S.L.S.R. Holdings Limited
Appelantes;

et

Le procureur général du Canada *Intimé.*

1979: 10, 11 et 12 décembre; 1980: 18 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Coalitions — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Maintien des parts du marché — Entente tacite ou «décisions consciemment parallèles» — Fardeau de preuve — Mens rea — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 32(1)(b), 32(1)(c) — Code criminel, art. 605(1)(a), 618(2)(a).

Les trois appelantes ont été accusées par un acte d'accusation comprenant deux chefs, tous deux relatifs à la période du 1^{er} janvier 1960 au 31 mai 1973. Selon le premier chef, les appelantes sont accusées d'avoir comploté pour élever indûment le prix du sucre dans l'Est du Canada; selon le second chef, elles sont accusées d'avoir comploté pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la production, le transport, la vente et la fourniture du sucre dans l'Est du pays, contrairement à l'al. 32(1)(c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

La preuve révèle que chaque appelante exploitait des raffineries de sucre où du sucre importé était raffiné pour être commercialisé dans la région qui s'étend de l'Océan Atlantique à la frontière occidentale de l'Ontario. Pendant la Seconde Guerre mondiale, la commercialisation du sucre était régie par la Commission de contrôle des prix en temps de guerre qui avait alloué aux appelantes, seuls raffineurs de sucre faisant affaires à l'époque, des parts du marché de l'Est du Canada. Lorsque les contrôles ont été levés en 1949, les appelantes détenaient les parts suivantes du marché: Atlantic, 35.6 pour cent, Redpath, 42.7 pour cent et St-Laurent, 21.7 pour cent. Leurs parts respectives du marché se sont maintenues sans interruption jusqu'en 1958, lorsque Redpath a entrepris d'augmenter la sienne en abaissant ses prix; sa part du marché est passée de 42.8 pour cent en 1957 à 46.6 pour cent en 1958. Ce programme de réduction des prix a sérieusement affaibli la situation financière de l'appelante Redpath, dont Tate & Lyle

and each of the accused settled down to a policy of maintaining their traditional market shares.

At trial the appellants were found not guilty on both counts. The Court of Appeal for Quebec dismissed the appeal of the Crown with respect to count 1 but found all the appellants guilty on count 2. The accused appealed as of right under *Cr. C. s. 618(2)(a)*.

Held (Estey J. dissenting): The appeals should be allowed, the convictions set aside and the acquittals restored.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and McIntyre JJ.: On the facts before him, the trial judge found no evidence of communication between the accused on the subject of price. He was of the opinion that while identical price lists might give rise to an inference of an arrangement to fix price, such inference is unwarranted where it is shown that conformity of prices was not arrived at as a result of collusion. He concluded that since the *Combines Investigation Act* does not prohibit a member of an industry from taking into account and following his competitor's price changes, be they up or down, it follows that he is not prohibited from taking into account and following the system upon which these price changes are made. The trial judge rightly held, on the evidence, that the uniform prices were the result of independent decisions, which he called "conscious parallelism" and do not amount to conspiracy.

With respect to the maintenance of the market shares, the trial judge, on the evidence, found that it was the result of a tacit agreement between the accused but that it had not been shown that the agreement was arrived at with the intention of unduly preventing or lessening the competition. He also said that he was not able to infer from the totality of the evidence on this point that market shares were maintained for the purpose of stifling competition. He found evidence of actual competition. None of the refiners was obliged to compete more strongly than it felt desirable in its own interest. Each refiner was entitled to decide not to seek to increase its market share as long as this was not done by collusion. In the present case, the "tacit agreement" which the trial judge found was obviously to lessen competition. Whether this was a criminal offence depends exclusively on whether competition was thus intended to be lessened "unduly", i.e., on whether the agreement was intended to lessen competition improperly, inordinately, excessively, oppressively or to have the effect of virtually relieving the conspirators from the influence of free competition. The trial judge came to the conclusion that

Limited a pris le contrôle. Par la suite, la politique de réduction des prix a pris fin et chacune des accusées a décidé de s'en tenir à sa part traditionnelle du marché.

Au procès, les appelantes ont été acquittées sur les deux chefs. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel interjeté par le ministère public à l'égard du premier chef mais a déclaré toutes les appelantes coupables sur le second chef. Les accusées se sont pourvues de plein droit conformément à l'al. 618(2)a) du *C. cr.*

Arrêt (le juge Estey est dissident): Les pourvois sont accueillis, les déclarations de culpabilité infirmées et les acquittements rétablis.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et McIntyre: Devant les faits qui lui ont été présentés, le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait aucune preuve de communications entre les accusées au sujet du prix du sucre. Il est d'avis que même si des listes de prix identiques permettent de présumer une entente en vue de fixer les prix, cette déduction n'est pas justifiée quand il est démontré que l'uniformité des prix n'est pas collusoire. Il a conclu que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'interdit pas à une entreprise de tenir compte des changements de prix de ses concurrents et de les suivre, à la hausse ou à la baisse, il s'ensuit qu'il ne lui est pas interdit de tenir compte du système selon lequel ces changements s'effectuent. Le juge de première instance a correctement conclu, d'après la preuve, que les prix uniformes étaient le résultat de décisions indépendantes, qu'il a appelées «décisions consciemment parallèles», et ne constituent pas un complot.

Le juge de première instance, d'après la preuve, a conclu que le maintien des parts du marché résulte d'une entente tacite entre les accusées mais qu'il n'a pas été prouvé que l'on en est venu à cette entente en vue d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. Il a aussi dit qu'il lui était impossible de conclure de l'ensemble de la preuve sur ce point que les accusées ont maintenu leurs parts du marché afin d'étouffer la concurrence. Il a aussi conclu des éléments de preuve à l'existence d'une concurrence réelle. Aucun des raffineurs n'était tenu de faire concurrence plus fortement qu'il ne l'estimait souhaitable dans son propre intérêt. Chacun des raffineurs avait le droit de décider de ne pas chercher à augmenter sa part du marché en autant que cette décision n'était pas le résultat d'une collusion. En l'espèce, l'«entente tacite» à l'existence de laquelle a conclu le juge de première instance avait manifestement pour objet de diminuer la concurrence. Cela ne constitue une infraction criminelle que si la concurrence a ainsi été diminuée «indûment», c.-à-d. une entente destinée à diminuer la concurrence de façon illégitime, immodérée, excessive ou oppressive ou destinée à soustraire virtuelle-

the Crown had failed to prove an agreement to lessen competition unduly and there is no sound basis in the reasons for judgment in the Court of Appeal for concluding otherwise.

While the offence charged is truly criminal in nature and therefore requires *mens rea*, this does not mean that, assuming the "tacit agreement" was illegal, the accused, or rather their officials who are their directing minds, had to be conscious of its illegality. If it had been intended to lessen competition "unduly" it would have been no defence that the accused mistakenly thought that the intended lessening of competition would not be "undue". It is always for the Court to decide on the facts whether an agreement to lessen competition means that competition is to be lessened "unduly" and the views of the accused on that are irrelevant. Finally, while the trial judge was in error in referring to the rule in *Hodge's* case with respect to circumstantial evidence, his conclusion was not based on this view of the law and this error was, here, of no consequence.

Per Estey J., dissenting: The Court was faced with two opposing explanations of the strange sight of the three accused sharing virtually all the eastern Canada sugar market in constant proportions for eleven years and thereafter sharing ninety per cent of the market in the same proportion for another fourteen years. The theory of the Crown is that there existed a market sharing agreement which was maintained by the accused for many years despite changing circumstances and the fact that any one of the accused could readily through various means have obtained a greater share of the market, and that the agreement had the effect of lessening competition. The theory of the defence is that the only way to increase sales of an homogeneous product in an oligopoly is to reduce prices, the result of which is either a depletion of supplies and depressed earnings by the firm lowering its prices or a price war. Since the results in either case are disastrous, the only alternative is for each member of the oligopoly to seek to maintain its traditional market share.

The trial judge described the onus upon the Crown as follows: a) that the accused entered into an agreement; b) that the object of the agreement was to lessen competition; c) that the intended lessening of competition was undue. The third element, when read with other comments in the trial judgment, reveals an error in law and opens up the avenue of appeal to the Court of Appeal by

ment les conspirateurs à l'influence de la libre concurrence. Le juge de première instance a conclu que le ministère public n'avait pas réussi à prouver une entente pour diminuer indûment la concurrence et il n'y a aucun fondement solide dans les motifs de la Cour d'appel pour conclure dans un autre sens.

Bien que l'infraction alléguée soit véritablement criminelle et, par conséquent, exige la *mens rea*, cela ne signifie pas que, si l'on tient pour acquis que l'«entente tacite» était illégale, il était nécessaire que les accusées, ou plutôt leurs administrateurs qui en sont les têtes dirigeantes, se rendent compte de son illégalité. Si par l'entente on entendait vraiment diminuer la concurrence «indûment», le fait que les accusées auraient par erreur estimé que la diminution voulue de la concurrence ne serait pas «indue» n'aurait pas constitué un moyen de défense. Il revient toujours à la cour de décider à partir des faits si une entente en vue de diminuer la concurrence signifie que la concurrence sera diminuée indûment et l'opinion d'un accusé sur ce point n'est pas pertinente. Finalement, même si le juge de première instance a commis une erreur en se référant à la règle à l'égard de la preuve indirecte dans l'arrêt *Hodge*, sa conclusion n'est pas fondée sur cette conception du droit et cette erreur, en l'espèce, n'a aucune conséquence.

Le juge Estey, dissident: On a soumis à la Cour deux explications opposées du curieux spectacle offert par les trois accusées qui se sont partagé virtuellement tout le marché du sucre dans l'Est du Canada en proportions constantes pendant onze ans, puis quatre-vingt-dix pour cent du marché dans les mêmes proportions pendant quatorze autres années. La thèse du ministère public est l'existence d'une entente de partage du marché que les accusées ont maintenu pendant plusieurs années malgré des circonstances changeantes, et même si n'importe laquelle d'entre elles aurait facilement pu en obtenir une part plus importante par divers moyens, l'entente a eu pour effet de diminuer la concurrence. La thèse de la défense est que la seule façon d'augmenter les ventes d'un produit homogène dans un oligopole est d'abaisser les prix, ce qui a pour résultat soit d'épuiser les stocks et de diminuer les revenus de l'entreprise qui abaisse ses prix, soit une guerre des prix. Comme ces deux résultats sont désastreux, la seule autre solution est que chaque membre de l'oligopole cherche à maintenir sa part traditionnelle du marché.

Le juge de première instance a défini le fardeau qui incombe au ministère public comme suit: a) que les accusées ont conclu une entente; b) que l'objet de l'entente consiste à diminuer la concurrence; c) que la diminution de concurrence visée est indue. Il ressort du troisième élément lu en corrélation avec les autres commentaires du juge de première instance, une erreur de

way of s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*, as it imposes a greater burden of proof than that imposed by the law. The appellants contended, however, that in any event they could not be convicted under s. 32(1)(c) on the basis of a "tacit agreement", for there were no communications between the parties as a result of which an expectation was aroused in each that the others would act in a certain way. That argument carries by implication the notion that s. 32 somehow imports the doctrines of the law of contracts into the criminal law. That view cannot be sustained. The section refers to "conspires, combines or agrees or arranges". The agreement clearly need not be enforceable for axiomatically it is not. The parties to the transaction must be deemed to know that it is unenforceable as being illegal. They have by their conduct indeed forsaken the ordinary recourse to the civil law. Therefore the agreement may be proven, in the sense of being made capable of discernment by the finder of fact from all the surrounding facts and circumstances, including the conduct of the parties. Conspiracy, like all other crimes, may be established by inference from the conduct of the parties. The trial judge has expressly found a tacit agreement to limit market shares. He went on to find that in the circumstances an agreement to lessen competition would be undue. The onus on the Crown had been met, and the defence of conscious parallelism, which might be a valid element in the legal position of an accused under s. 32 in some commercial circumstances, is not opened in a case, as here, where the tribunal is not concerned with a market shared by a wide range of suppliers but with a market shared by three suppliers. The tacit agreement as found was to maintain the proportion of the sugar trade historically enjoyed by each of the accused. This relationship necessarily involved the curbing of free competition where it would upset this balance of trade shares. It matters not that these reins on free competition are imposed for good motives on the part of the accused. The tacit agreement axiomatically entails a restraint on competition and that restraint produced a lessening which the trial judge has found in all the circumstances of this case to be undue. Finally, the trial judge erred in law in directing himself to the effect that proof of intent made by circumstantial evidence must meet the test in *Hodge's case*, such formula having been rejected by the Court as an inexorable rule of law in Canada. That error is, of course, against the interest of the respondent and not the appellant.

droit qui permet d'interjeter appel à la Cour d'appel conformément à l'al. 605(1)a) du *Code criminel* puisqu'il impose un fardeau de preuve plus lourd que celui imposé en droit. Les appelantes ont soutenu, toutefois, qu'en tout état de cause, elles ne pouvaient être déclarées coupables en vertu de l'al. 32(1)c) sur le fondement d'une «entente tacite» parce qu'il n'y a pas eu entre les parties de communications à la suite desquelles chacune puisse s'attendre à ce que les autres agissent d'une certaine façon. Cet argument implique que l'art. 32 introduit de quelque façon les principes du droit des obligations en droit criminel. Ce point de vue ne peut être admis. La disposition comporte les termes «complot, se coalise, se concerta ou s'entend». Il est clair que l'entente n'a pas à être susceptible d'exécution forcée, car, par définition, elle ne l'est pas. Il faut présumer que les parties à l'entente savent qu'elle n'est pas susceptible d'exécution forcée puisqu'elle est illégale. Elles ont, par leur comportement, renoncé à recourir au droit civil. Donc, l'entente peut être prouvée, c'est-à-dire que le juge des faits peut conclure à son existence à partir de tous les faits et circonstances de l'affaire, y compris le comportement des parties. L'on peut établir le complot, comme tout autre crime, en le déduisant du comportement des parties. En l'espèce, le juge de première instance a conclu expressément à l'existence d'une entente tacite visant à limiter les parts du marché et il a ensuite conclu que, dans les circonstances, une entente pour diminuer la concurrence serait indue. Le ministère public s'est acquitté du fardeau qui lui incombait et le moyen de défense voulant que des décisions consciemment parallèles puissent être un élément valide de la défense d'une personne inculpée en vertu de l'art. 32 dans certaines situations commerciales, n'existe pas dans une affaire, comme celle-ci, où le tribunal n'étudie pas un marché partagé entre de nombreux fournisseurs mais un marché partagé entre trois fournisseurs. L'entente tacite qui a été établie visait à maintenir les parts du commerce du sucre dont bénéficiait traditionnellement chacune des accusées. Cette relation implique nécessairement l'étouffement de la libre concurrence lorsqu'elle risque de bouleverser l'équilibre des parts du marché. Peu importe que ces limitations de la libre concurrence soient imposées par les accusées pour des motifs louables. L'entente tacite entraîne automatiquement une limitation de la concurrence, laquelle produit une diminution que, dans les circonstances de l'espèce, le juge de première instance a jugée indue. Finalement, le juge de première instance a erré en droit en se donnant pour principe que l'on peut établir la preuve de l'intention par une preuve indirecte selon la formule dans l'arrêt *Hodge*, cette formule ayant été rejetée comme règle de droit inexorable au Canada. Cette erreur favorise évidemment les appelantes et non l'intimé.

[*R. v. Armco Ltd. and others* (1976), 13 O.R. (2d) 32; *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *Aetna Insurance Co. and others v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *Hodge's case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, referred to.]

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Quebec¹, allowing the appeal by the Crown from the decision of the Superior Court² acquitting the accused. Appeals allowed, Estey J. dissenting.

L. Yves Fortier, Q.C., and *Pierre Hébert*, for the appellant Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.

Colin Irving and Peter Martin, for the appellant Redpath Industries Ltd.

J. J. Robinette, Q.C., and *Yves Bériault*, for the appellant St. Lawrence Sugar Limited.

Bruno Pateras, Q.C., and *Arnold Fradkin*, for the respondent.

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

PIGEON J.—The appellants were charged by indictment on two counts for offences under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 32(1)(b) and 32(1)(c) respectively between January 1, 1960 and May 31, 1973, as follows:

1. Conspiracy “to enhance unreasonably the price of” sugar;
2. Conspiracy “to prevent or lessen, unduly, competition in the production ... or supply of” sugar.

After a protracted trial, the accused were acquitted on both counts by Mackay J. (1976, 26 C.P.R. (2d) 14). On appeal by the Attorney General of Canada the acquittal was affirmed on the first count but reversed on the second count and a verdict of guilty was entered on that count (1978, 3 B.L.R. 221, 41 C.C.C. (2d) 209). The appeal by

¹ (1978), 3 B.L.R. 221, 41 C.C.C. (2d) 209, 41 C.P.R. (2d) 5, [1978] C.A. 25.

² (1976), 26 C.P.R. (2d) 14, [1976] C.S. 42.

[Jurisprudence: *R. v. Armco Ltd. and others* (1976), 13 O.R. (2d) 32; *Howard Smith Paper Mills Ltd. et autres c. La Reine*, [1957] R.C.S. 403; *Aetna Insurance Co. et autres c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; l'arrêt *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.]

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public du jugement de la Cour supérieure² qui avait acquitté les accusées. Pourvois accueillis, le juge Estey étant dissident.

L. Yves Fortier, c.r., et *Pierre Hébert*, pour l'appelante Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.

Colin Irving et Peter Martin, pour l'appelante Les Industries Redpath Ltée.

J. J. Robinette, c.r., et *Yves Bériault*, pour l'appelante Sucre St-Laurent Limitée.

Bruno Pateras, c.r., et *Arnold Fradkin*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et McIntyre rendu par

LE JUGE PIGEON—Les appelantes ont été accusées par un acte d'accusation comprenant deux chefs, d'avoir, entre le 1^{er} janvier 1960 et le 31 mai 1973,

1. comploté «pour élever déraisonnablement le prix» du sucre;
2. comploté «pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la production ... ou la fourniture» du sucre,

contrairement aux al. 32(1)(b) et 32(1)(c) respectivement de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23. Au terme d'un long procès, le juge Mackay a prononcé un acquittement sur les deux chefs (1976, 26 C.P.R. (2d) 14). A l'issue de l'appel interjeté par le procureur général du Canada, l'acquittement a été

¹ (1978), 3 B.L.R. 221, 41 C.C.C. (2d) 209, 41 C.P.R. (2d) 5, [1978] C.A. 25.

² (1976), 26 C.P.R. (2d) 14, [1976] C.S. 42.

the accused to this Court was taken as of a right under *Cr. C. s. 618(2)(a)*.

On the facts before him Mackay J. found no evidence of communication between the accused on the subject of price (at p. 96). Dealing with the allegation of price fixing as an element of the alleged conspiracy to prevent or lessen competition, he said (at p. 97):

In an oligopolistic situation where the product is homogeneous—as in sugar—the price of the product must inevitably be the same, for if one member priced his product higher than the others he would have no sales. If he posted a lower price he would soon be inundated with buyers, would realize his price was too low, perhaps unprofitable, and raise it. Thus by natural osmosis the price of an homogeneous product tends to reach the same level. But the process might be costly and is certainly inefficient. There are two ways to avoid it. Firstly, by the members of the industry conspiring to fix prices, which is illegal, or by the members of the industry making a conscious effort to parallel the prices of the leader.

After referring to the judgment of Lerner J. in *R. v. Armco Ltd. and others*³, Mackay J. said (at p. 98):

With great respect, I am of opinion that while identical price lists might give rise to an inference of an arrangement to fix prices, such inference is unwarranted where it is shown that conformity of prices was not arrived at as a result of collusion.

Then, after quoting from several witnesses, he held against any inference of a price fixing arrangement, concluding his remarks on that point as follows (at pp. 100-101):

Since the Act does not prohibit a member of an industry from taking into account and following his competitors' price changes, be they up or down, it follows that he is not prohibited from taking into account and following the system upon which these price changes are made.

³ (1975), 6 O.R. (2d) 521.

confirmé sur le premier chef mais sur le second il a été infirmé et un verdict de culpabilité a été inscrit (1978, 3 B.L.R. 221, 41 C.C.C. (2d) 209). Les accusées se sont pourvues de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(2)a) du *C. cr.*

Devant les faits qui lui ont été présentés, le juge Mackay a conclu qu'il n'y avait aucune preuve de communications entre les accusés au sujet du prix du sucre (à la p. 96). En ce qui concerne la prétention que la fixation d'un prix uniforme démontrerait un complot pour empêcher ou diminuer la concurrence, il a dit (à la p. 97):

[TRADUCTION] Dans une structure oligopolistique où le produit est homogène—comme le sucre—le prix du produit doit inévitablement être le même, car si l'une des entreprises fixe pour ce produit un prix plus élevé que les autres, elle ne pourra le vendre. Si elle affiche un prix moins élevé, elle sera rapidement inondée d'acheteurs. Se rendant alors compte que son prix est trop bas, peut-être non profitable, elle le haussera. Ainsi, par un phénomène d'osmose naturelle, le prix d'un produit homogène a tendance à atteindre le même niveau. Mais cette démarche peut être coûteuse et elle est assurément inefficace. Il y a deux façons de l'éviter. Premièrement, les entreprises peuvent comploter en vue de fixer les prix, ce qui est illégal. Deuxièmement, elles peuvent chercher consciemment à rendre leurs prix conformes à ceux du chef de file.

Après avoir fait référence au jugement du juge Lerner dans *R. v. Armco Ltd. and others*³, le juge Mackay poursuit en ces termes (à la p. 98):

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis que même si les listes de prix identiques permettent de présumer une entente en vue de fixer les prix, cette déduction n'est pas justifiée quand il est démontré que l'uniformité des prix n'est pas collusoire.

Ensuite, après avoir cité plusieurs témoignages, il a rejeté la présomption d'entente en vue de fixer les prix et terminé ses remarques sur ce point en ces termes (aux pp. 100 et 101):

[TRADUCTION] Puisque la Loi n'interdit pas à une entreprise de tenir compte des changements de prix de ses concurrents et de les suivre, à la hausse ou à la baisse, il s'ensuit qu'il ne lui est pas interdit de tenir compte du système selon lequel ces changements s'effectuent.

³ (1975), 6 O.R. (2d) 521.

Moreover, although all Canadian refiners had identical price lists, there were, as Miller said, exceptions when the actual sales prices varies as a result of customers' discounts, not including discounts for prompt payment.

Mr. T. Moose, former Vice President of Neilson's-Lowneys testified:

"A. . . . That price list is for anybody and everybody. And if we were a big buyer, like any other big buyers, we would feel entitled to certain extra consideration for the volume.

Q. Mm-hmm. Discounts of some sort?

A. Yes.

Q. When you approached two or more of the refiners in the way you have just described. What sort of results did you get in the way of price levels? Did they vary or were they identical or what?

A. They varied. Of course they varied, because—they weren't certainly all the same, because first of all I was dealing with different people".

Testimony of the officers of other industrial sugar users, such as Loeb Ltd., Coca-Cola Ltd., Rowntree-MacIntosh, Fry-Cadbury and General Foods, was to the effect that the refiners' quotes invariably differed appreciably.

Then dealing with the allegation of a market sharing agreement Mackay J. said (at pp. 101-103):

In virtue of Wartime Controls, quotas for the production of refined sugar in Eastern Canada had been allotted to the accused in the following proportions (ex. P-1-A):

Atlantic	35.5%
Redpath	43.0%
St. Lawrence	21.5%

Their shares of the refined sugar market until controls ended in 1949 were (ex. P-1-A):

Atlantic	35.6%
Redpath	42.7%
St. Lawrence	21.7%

During the next decade, the market shares varied slightly. But in 1958, Redpath having just opened its Toronto refinery and being anxious to increase sales and recoup some of the heavy expenses involved, surrepti-

De plus, même si tous les raffineurs canadiens avaient des listes de prix identiques, il y avait, comme l'a souligné M. Miller, des exceptions: par exemple, le prix de vente réel variait par suite de remises accordées aux clients, en dehors des remises par suite du paiement dans les délais.

M. T. Moose, ancien vice-président de Neilson-Lowneys, a témoigné comme suit:

«R. . . . Cette liste de prix s'adresse à tout le monde. Et si nous étions un gros acheteur, nous estimerions avoir le droit, comme n'importe quel autre gros acheteur, à une attention particulière à cause du volume d'achat.

Q. Mm-hmm. Des remises, par exemple?

R. Oui.

Q. Après vous être mis en communication avec deux ou plusieurs raffineries de la façon que vous venez de décrire, quels résultats avez-vous obtenus quant au niveau des prix? Est-ce que les prix variaient ou étaient identiques? Qu'en était-il?

R. Ils variaient. Il va de soi qu'ils variaient puisque—il est évident qu'ils n'étaient pas les mêmes car, premièrement, je faisais affaire avec des gens différents.»

Les témoignages des administrateurs d'autres entreprises qui utilisent du sucre raffiné, telles Loeb Ltd., Coca-Cola Ltd., Rowntree-MacIntosh, Fry-Cadbury et General Foods, démontrent que dans tous les cas, les prix des raffineurs différaient sensiblement.

Passant à l'allégation qu'il y aurait eu une entente pour le partage du marché, le juge Mackay tient les propos suivants (aux pp. 101 à 103):

[TRADUCTION] Conformément au programme de contrôle des prix en temps de guerre, les accusées se sont vu allouer les quotas suivants pour la production de sucre raffiné dans l'Est du Canada (p. P-1-A):

Atlantic	35.5%
Redpath	43.0%
St-Laurent	21.5%

Leurs parts du marché du sucre raffiné jusqu'à la fin du programme de contrôle, soit en 1949, s'établissaient comme suit (p. P-1-A):

Atlantic	35.6%
Redpath	42.7%
St-Laurent	21.7%

Leurs parts du marché ont très peu varié au cours de la décennie qui a suivi. Mais en 1958, Redpath, qui venait tout juste d'ouvrir sa raffinerie à Toronto et qui était impatiente d'augmenter ses ventes et de récupérer

tiously began to cut prices in the Toronto area. Atlantic felt the loss of sales in that area and so began to cut its prices there, although this represented a serious expense, due to the absorption by Atlantic of the unsubsidized portion of the freight from the refinery in St. John to the nearest basing point which was now Toronto instead of Montreal as it had been before the new refinery was constructed. The price war spread to include St. Lawrence. There were two results—First: Redpath increased its market share at the expense of the others from 42.8% in 1957 to 46.6% in 1958. Second: it lost the price war against its two well-funded opponents, and having sustained serious financial losses it was ripe for a take-over by Tate and Lyle.

Thereafter, each of the accused settled down to a policy of maintaining their traditional market shares. Although each stressed that this was the result of an independent decision, one would be ingenuous not to be aware that there was and continues to be a tacit agreement to this effect.

But with respect, I do not think the competitive stratagems suggested by the Crown, apart from increasing discounts, that is price cutting, would have any effect on individual market shares. And the unhappy results of price cutting still remain fresh in the corporate memories . . .

On the evidence, I find that the maintenance of traditional market shares—which were adjusted but in the same proportion when Cartier came on steam—was the result of a tacit agreement between the accused. But in my opinion, it has not been shown that this agreement was arrived at with the intention of unduly preventing or lessening competition. The reason for maintaining traditional market shares was to avoid a price war which would have resulted had the accused taken the only method of increasing them by price cutting through extensive discounts. Nor am I able to infer from the totality of the evidence on this point, including overt acts, that market shares were maintained for the purpose of stifling competition. On the contrary, Cartier was launched in 1964 and none of its initial difficulties were due to the maintenance of market shares. Westcane was launched successfully in 1969. Austin attempted to launch Austin Sugar Refineries Limited in the Cornwall area with Government support in 1971 (ex. D-11 A and B). That this project was never realized was

une partie des dépenses importantes engagées dans cette entreprise, a subrepticement commencé à baisser ses prix dans la région de Toronto. Atlantic a ressenti une diminution de ses ventes dans cette région et a donc commencé à y baisser ses prix malgré les dépenses importantes que cela entraînait parce qu'elle devait absorber la partie non subventionnée des frais de transport de sa raffinerie située à Saint-Jean jusqu'au point d'opération maintenant situé à Toronto et non à Montréal, comme cela était le cas avant la construction de la nouvelle raffinerie. La guerre des prix s'est étendue jusqu'au point d'inclure St-Laurent. Elle a eu deux résultats: premièrement, Redpath a accru sa part du marché, au détriment des autres compagnies, de 42.8% en 1957 à 46.6% en 1958; deuxièmement, elle a perdu la guerre des prix au profit de ses deux adversaires bien pourvues financièrement. Après avoir subi des pertes financières importantes, elle était donc mûre pour une prise de contrôle par Tate et Lyle.

Par la suite, chacune des accusées a décidé de s'en tenir à sa part traditionnelle du marché. Bien que chacune d'elles ait affirmé qu'il s'agissait là d'une décision indépendante, il faudrait être naïf pour ne pas s'apercevoir qu'il existait et qu'il continue d'exister une entente tacite à cet effet.

Mais, avec égards, les stratagèmes concurrentiels suggérés par le ministère public n'auraient eu à mon avis aucun effet sur les parts de marché de chacune à moins d'accroître les remises, soit, en d'autres termes, de baisser les prix. Et les compagnies ont encore le souvenir tout frais des résultats malheureux de cette baisse des prix . . .

Je conclus, en me fondant sur la preuve, que la décision de maintenir les parts traditionnelles du marché—qui ont été ajustées dans la même proportion lorsque Cartier a été mise en service—résulte d'une entente tacite entre les accusées. Mais, à mon avis, il n'a pas été prouvé que l'on en est venu à cette entente en vue d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. Les accusées ont décidé de maintenir leurs parts traditionnelles du marché afin d'éviter une guerre des prix qui aurait eu lieu si l'une d'elles avait pris le seul moyen possible d'augmenter sa part, soit la baisse de prix par le biais de remises considérables. De même, il m'est impossible de conclure de l'ensemble de la preuve sur ce point, y compris la preuve d'actes manifestes, que les accusées ont maintenu leurs parts du marché afin d'étouffer la concurrence. Au contraire, l'entreprise Cartier a été lancée en 1964 et aucune des difficultés qu'elle a connues au début ne peut être attribuée au maintien des parts du marché. Westcane a été lancée avec succès en 1969. Austin a tenté de mettre en service, en 1971,

in no way due to the maintenance of market shares by the accused.

In passing, it is interesting to read in the prospectus for this last project that (ex. D-11-A):

“The purchase of raw sugar on the International markets for refining and the development of sales for refined sugar products, present no formidable obstacles in a market in which Robin Austin & Co. Ltd. has operated successfully for over twenty years”.

Therefore, after considering all the evidence, both of the prosecution and the defence, and the arguments of counsel, I have come to the conclusion that the prosecution has not satisfied me beyond a reasonable doubt that the accused, as charged in the second count of the indictment, unlawfully conspired, combined, agreed or arranged together and with one another and with certain named co-conspirators to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, transportation or supply of raw or refined sugar. And as such it is my duty to give the accused the benefit of the doubt and to find them not guilty of that offence.

With respect I must point out that the reasons for judgment in the Court of Appeal fail to show on what basis competition should be held to have been agreed to be lessened “unduly”. Mayrand J.A., with whom Owen J.A. concurred, dealt with the case on a misconception of the evidence as to market shares saying (at p. 237):

[TRANSLATION] Following this costly commercial experience, the three refineries gave up their price war and simply divided the market as it was at that time. This division corresponded almost exactly to the following territorial division: Atlantic controlled the three maritime provinces, while Redpath had sole control of the Ontario market and divided the Quebec market with St. Lawrence (at first St. Lawrence Sugar Refineries Ltd., which was succeeded by S.L.S.R. Holdings Ltd., and is now Sucronel Ltd.). In 1973, these three respondents by themselves controlled some 74.09 per cent of the entire Canadian market.

Counsel for the Crown at the hearing in this Court admitted that there was no evidence of a territorial market division between the accused. His submission was that the “tacit agreement” for the maintenance of traditional market shares

Austin Sugar Refineries Limited dans la région de Cornwall avec l'aide de subventions gouvernementales (p. D-11 A et B). La non-concrétisation de ce projet ne peut en aucune façon être attribuée au maintien par les accusées des parts du marché.

En passant, il est intéressant de noter dans le prospectus de ce dernier projet que (p. D-11-A):

«Aucun obstacle majeur ne s'oppose à l'achat de sucre brut sur les marchés internationaux et à la mise en marché de produits de sucre raffiné sur un marché où Robin Austin & Co. Ltd. connaît beaucoup de succès depuis plus plus de vingt ans.»

Par conséquent, après avoir étudié toute la preuve, tant celle de la poursuite que de la défense, et les plaidoiries des avocats, j'en suis venu à la conclusion que la poursuite ne m'a pas convaincu au-delà de tout doute raisonnable que les accusées, aux termes du second chef d'accusation, ont comploté, se sont coalisées, se sont concertées ou se sont entendues ensemble et les unes avec les autres et avec d'autres co-conspirateurs désignés pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, le transport ou la fourniture du sucre brut ou raffiné. En conséquence, je suis tenu de donner aux accusées le bénéfice du doute et je les déclare non coupables de cette infraction.

Avec égards, je dois souligner que les motifs de l'arrêt ne font pas voir sur quoi s'est fondée la Cour d'appel pour conclure qu'il y aurait eu entente pour diminuer «indûment» la concurrence. L'opinion du juge Mayrand, à laquelle a souscrit le juge Owen, est fondée sur une fausse conception de la preuve concernant le partage du marché (à la p. 237):

A la suite de cette coûteuse équipée commerciale, les trois raffineries renoncèrent à la guerre des prix et s'en tinrent au partage du marché tel qu'il existait alors. Ce partage correspond à peu près à la division territoriale suivante: Atlantic a pour domaine les trois provinces maritimes, Redpath a seule le contrôle du marché ontarien et partage le marché québécois avec St. Lawrence (d'abord St. Lawrence Sugar Refineries Ltd. à qui a succédé S.L.S.R. Holdings Ltd., maintenant Sucronel Ltd.). A elles seules, ces trois intimées contrôlaient en 1973 quelque 74.09% de tout le marché canadien.

A l'audience devant cette Cour, le substitut du procureur général a reconnu l'absence de preuve d'une division territoriale du marché entre les accusées. Il prétend que l'«entente tacite» à laquelle a conclu le juge MacKay et qui visait le

which was found by Mackay J. was undue in law. His contention was that an agreement to restrict competition so as not to alter relative market shares was the equivalent of an agreement not to compete at all, that it was totally destructive to competition and therefore undue in law. As to this I might point out immediately that the trial judge did find evidence which he accepted of actual competition and would refer to the passage quoted from his judgment at pp. 100-101 of the report. I fail to see how it can be said that the "tacit agreement" found by the trial judge meant the elimination of competition when it is a fact that competition did subsist and that it did subsist, not in violation of the "tacit agreement", but as an integral part of the course of conduct from which the "tacit agreement" was inferred. To support his submission that the "tacit agreement" meant the practical destruction of competition not just a lessening which would not be unlawful unless found undue, counsel for the Crown referred to a memorandum dated September 16, 1966, which was prepared by the President of the Company then known as Canada and Dominion Sugar, now known as Redpath Industries Ltd., the largest concern in the field and the acknowledged price leader. This memo starts with a sales analysis for the first eight months of 1966 and the comment on those figures reads:

C & D share of market for period Jan./March was too high, therefore competitors started increased price cutting (in any of its forms). In fact our desire to hold our share of the market plus meet the Cartier situation must have hurt the others before the end of December 31st, 1965. The increased cutting of prices had a definite, compounding effect on our sales, i.e.

Jan.	34.34%)	
Feb.	32.88%)	
Mar.	32.14%)	
Apr.	31.13%)	A general declining trend
May	28.73%)	
Jun.	28.52%)	
Jul.	28.88%)	
Aug.	27.67%)	

maintien des parts traditionnelles du marché, revêt, en droit, un caractère indu. Selon lui, une entente visant à restreindre la concurrence de façon à ne pas modifier les parts relatives du marché équivaut à une entente visant à ne faire aucune concurrence. Il prétend qu'une entente semblable emporte l'abolition totale de toute concurrence et qu'elle est, par conséquent, indue. Sur ce point, je tiens à souligner que le juge de première instance a conclu des éléments de preuve admis par lui à l'existence d'une concurrence réelle. Je me reporte à l'extrait précité de son jugement, pp. 100 et 101 du recueil. Je ne vois pas comment on peut dire que l'«entente tacite» à laquelle il a conclu signifiait l'élimination de la concurrence alors que la concurrence subsistait bel et bien, non pas en contravention de l'«entente tacite», mais comme partie intégrante de la ligne de conduite de laquelle l'existence d'une «entente tacite» est déduite. A l'appui de sa prétention que l'«entente tacite» signifiait l'abolition complète de la concurrence et non une simple diminution qui ne serait pas illégale à moins qu'on ne conclue qu'elle est indue, le substitut renvoie à une note de service en date du 16 septembre 1966 rédigée par le président de la compagnie qui, à l'époque, s'appelait Canada and Dominion Sugar et porte maintenant le nom de Les Industries Redpath Ltée, l'entreprise la plus importante sur le marché du sucre et le chef de file reconnu en matière de prix. Cette note de service débute par un tableau des ventes pour les huit premiers mois de 1966. Les commentaires sur ces chiffres se lisent comme suit:

[TRADUCTION] La part du marché de C & D pour la période de janvier à mars étant trop élevée, nos concurrents se sont mis à consentir des réductions croissantes de prix (de toutes les façons possibles). De fait, notre intention de conserver notre part du marché en plus de faire face à la situation créée par Cartier a dû nuire aux autres avant la fin du mois de décembre 1965. La baisse constante des prix a eu un effet précis, cumulatif, sur nos ventes:

Janv.	34.34%)	
Fév.	32.88%)	
Mars	32.14%)	
Avril	31.13%)	Tendance générale à la baisse
Mai	28.73%)	
Juin	28.52%)	
Juil.	28.88%)	
Août	27.67%)	

What we failed to do was to start meeting cuts to stop the declining trend around July/August. We, in fact, did the opposite. We withdrew all cuts in order to restore price stability. This was reasonable attitude or position to take but in retrospect, we should have been the last to withdraw cuts, not the first, to flatten out the declining trend.

Then, after a statement of possible courses of action, there is the following comment:

If prices are equal, i.e. no price cutting, C & D will obtain gradually more than its share of the market because we are in a better position from a product and service view point to satisfy customer needs. Competitive reaction will be price cutting and unless this price cutting is limited in nature (time and volume) C & D will begin to lose out. It is at this point that timing is critical. Any price cutting by C & D to restore its share can prompt additional price cutting by competitors if they have failed to realize that their share of the market has been restored.

Ability to price cut. Because of the structure of the raw sugar market in recent months, a relatively high margin, profitable differentials on bulk/liquid, 5 and 10 lb. bags, all refiners are in a position to price cut without too much hesitation. Many price cuts have been directed towards those items. Large sophisticated buyers who keep a close watch on refining margin are aware that the real margin has increased substantially because refiners are not paying full forward premiums for future raw sugar deliveries. These buyers are demanding price cuts.

On page 8 of a memo to members of the Management Committee also dated September 1966 and entitled: "The Next Five Years' Objectives and Strategy", the conclusion is:

From the foregoing policy an explicit strategy arises which impinges on all our sugar operations. This is that we will look for extra profit in the immediate future from improving the efficiency of our operations and from concentrating on the more profitable products rather than from taking more margin or increasing

Ce que nous avons omis de faire, c'est de commencer à imiter cette baisse des prix pour mettre un frein à cette tendance aux environs de juillet et août. Nous avons effectivement fait le contraire. Nous avons cessé toute réduction afin de rétablir la stabilité des prix. C'était, à l'époque, une attitude raisonnable; mais il ressort, après coup, que nous aurions dû être les derniers et non les premiers à arrêter les réductions de prix en vue d'enrayer la tendance à la baisse.

Après un exposé des lignes de conduite possibles, on lit le commentaire suivant:

[TRADUCTION] S'il y a égalité de prix, c.à-d. s'il n'y a pas de réductions de prix, C & D obtiendra graduellement plus que sa part du marché car nous sommes mieux en mesure, du point de vue production et service, de répondre aux besoins de la clientèle. La réaction de nos concurrents se traduira par des réductions de prix et, à moins que ces réductions ne soient limitées (quant au temps et au volume), C & D sera perdante. Le choix de l'instant approprié est critique à ce stade. Toute réduction de prix de la part de C & D en vue de rétablir sa part du marché peut déclencher chez nos concurrents des réductions additionnelles s'ils ne se rendent pas compte que leur part du marché a été rétablie.

Possibilité d'accorder des réductions de prix. A cause de la structure du marché du sucre brut au cours des derniers mois qui se traduit par une marge et des bénéfices relativement importants sur le produit liquide ou en vrac, les sacs de 5 et 10 lbs, tous les raffineurs sont en mesure d'accorder des réductions de prix sans trop d'hésitation. Un bon nombre de réductions ont porté sur ces articles. Les acheteurs importants, avertis, qui surveillent étroitement la marge pour le raffinage savent que la marge réelle s'est considérablement accrue parce que les raffineurs ne paient pas la prime maximale pour les livraisons à terme de sucre brut. Et ces acheteurs exigent des réductions de prix.

On peut lire, en conclusion à la page 8 d'une note de service également datée de septembre 1966, adressée aux membres du comité de gestion et intitulée: [TRADUCTION] «Les objectifs et la stratégie des cinq prochaines années», ce qui suit:

[TRADUCTION] De la ligne de conduite ci-dessus exposée ressort une stratégie explicite qui doit influencer sur toutes nos opérations concernant le sucre. Dans l'avenir immédiat, nous chercherons à accroître nos profits en améliorant la productivité de nos opérations et en nous concentrant sur les produits les plus profitables

volume above our historical market share. As our marketing operation gains in sophistication, we will from time to time review the appropriateness of this strategy.

Those statements substantiate the trial judge's finding of a "tacit agreement" to maintain "historical market shares". From that angle, the second passage quoted is specially important. When reaching the decision to start price cutting again so as to "restore" its market share, Redpath took it for granted that its competitors would not resort to additional price cutting so long as their own shares of the market would remain intact. It was also realized that time had to be allowed for the competitors to become aware of Redpath's course of action. Thus, the meaning of the "tacit agreement" becomes clear: Redpath felt sure that its competitors would not resort to "increased price cutting" if their "historical market shares" were restored. On the other hand it did realize from the results of this course of action that if it renounced any form of price competition, it would not maintain its own "historical market share". It therefore decided to make some price cutting again but to restrict this form of competition so as not to do more than restore its "historical market share", feeling confident that its competitors, provided the timing was careful, would realize what was being done and would also be satisfied to keep their "historical market share".

Counsel for St. Lawrence Sugar Ltd. has contended that such a "tacit agreement", being merely the conscious adoption of a uniform course of action without any communication, assent or promise, did not amount to a conspiracy. He pointed out that there was no illegality in the independent adoption of such a policy of limited competition. A conspiracy requires agreement. Is a finding of a "tacit agreement" sufficient?

plutôt qu'en augmentant la marge bénéficiaire ou le volume au-delà de notre part traditionnelle du marché. Au fur et à mesure de l'évolution de notre mise en marché, nous réexaminerons, de temps à autre, l'à-propos de cette stratégie.

Ces extraits confirment le bien-fondé de la conclusion du juge de première instance à l'existence d'une «entente tacite» pour maintenir «des parts traditionnelles du marché». De ce point de vue, le deuxième extrait cité revêt une importance particulière. En décidant de recommencer à consentir des réductions de prix en vue de «rétablir» sa part du marché, la société Redpath a tenu pour acquis que ses concurrents n'auraient pas recours à des réductions de prix additionnelles tant que leur propre part du marché demeurerait intacte. Elle a vu aussi qu'il fallait laisser le temps aux concurrents de s'apercevoir du changement dans sa ligne de conduite. Le sens des termes «entente tacite» devient donc clair: la société Redpath était certaine que ses concurrents n'auraient pas recours à des «réductions additionnelles» si leur «part traditionnelle du marché» était rétablie. Par ailleurs, elle constatait à partir des résultats de cette ligne de conduite que si elle renonçait à toute forme de concurrence en matière de prix, elle ne conserverait pas sa propre «part traditionnelle du marché». Par conséquent, elle a décidé de recommencer à accorder des réductions de prix mais de limiter cette forme de concurrence de manière à ne pas faire plus que rétablir sa «part traditionnelle du marché» car elle était persuadée que ses concurrents, à la condition de prendre soin de leur en donner le temps, se rendraient compte de la ligne de conduite adoptée et seraient également satisfaits de maintenir leur «part traditionnelle du marché».

L'avocat de Sucre St-Laurent Ltée a prétendu qu'une «entente tacite», qui n'est que l'adoption consciente d'une ligne de conduite uniforme sans aucune communication, consentement ou promesse, ne constitue pas un complot. Il a souligné qu'il n'y a rien d'illégal à décider indépendamment de restreindre la concurrence à laquelle on se livre. Un complot exige une entente. Une «entente tacite» suffit-elle?

It must be accepted that a conspiracy may be effected in any way and may be established by inference. In dealing with the refiners' uniform prices, the trial judge felt that they raised an inference of collusion. However he accepted (at p. 98) that this was a result of independent decisions called "conscious parallelism" which is not illegal. The evidence was clear, however, that not only were its competitors immediately aware of Redpath's list price the moment a new price was posted in its lobby, they also in time were able to discover Redpath's pricing formula by a process of deduction from available data. Yet the trial judge held, correctly I think, that this did not constitute a conspiracy to maintain uniform prices according to Redpath's formula but merely "conscious parallelism". Could this not be just as accurately called "parallelism by tacit agreement"?

The basis for an inference of "tacit agreement" was in a way stronger for the uniform list price than for the maintenance of market shares. There was a feature which could be considered as the making of an offer, that is the publication of a list price which meant that it was immediately made known to the competitors by the brokers. Hence, I find that the trial judge quite properly on that point put the burden on the defence to disprove the evidence of collusion.

The situation was different in respect of the adoption by Redpath of a maintenance of traditional market share sales policy. There is no evidence that this policy was in any way made known to its competitors. Furthermore, it was not like the list price a perfectly defined policy. The method by which it was to be in force, the selective price cuts to big buyers, was left to the judgment of those who were to implement that policy. There is no suggestion that the extent of the price cutting was to be made known to the competitors. On the contrary the evidence is that, when there was competitive bidding, the quotations submitted dif-

Il faut admettre qu'un complot peut prendre diverses formes et peut être prouvé par déduction. Le juge de première instance a estimé que les prix uniformes des raffineurs permettaient de présumer l'existence d'une collusion. Il a néanmoins admis en définitive (à la p. 98) que c'était bien le résultat de décisions indépendantes appelées [TRADUCTION] «décisions consciemment parallèles» qui ne sont pas illégales. La preuve fait clairement ressortir toutefois que non seulement les concurrents de Redpath prenaient connaissance sur-le-champ de sa liste de prix dès qu'elle était affichée dans le hall de l'édifice, mais encore qu'ils parvenaient, à la longue, à découvrir son système de fixation de prix par déduction à partir de données disponibles. Le juge de première instance a pourtant conclu, justement à mon avis, que cela ne constituait pas un complot en vue de maintenir l'uniformité des prix conformément au système de Redpath mais simplement des «décisions consciemment parallèles». Ne pourrait-on pas dire tout aussi bien des [TRADUCTION] «décisions parallèles par entente tacite»?

Il était en un sens plus facile de présumer une «entente tacite» à partir des listes de prix uniformes qu'à partir du maintien du partage du marché. En effet, il y avait un élément qui pouvait être considéré comme la communication d'une offre: c'est la publication d'une liste de prix que les courtiers communiquaient sur-le-champ aux concurrents. Je trouve donc que, sur ce point, le juge de première instance a, à bon droit, fait reposer sur la défense le fardeau de réfuter la preuve de collusion.

Il n'en est pas ainsi en ce qui concerne l'adoption par Redpath de la ligne de conduite ayant pour objet de maintenir sa part traditionnelle du marché. Il n'y a aucune preuve que cette décision ait été d'aucune manière communiquée à ses concurrents. De plus à l'opposé de la liste de prix, il ne s'agissait pas d'une ligne de conduite parfaitement définie. La méthode de mise en œuvre, soit les réductions sélectives de prix accordées aux gros acheteurs, était laissée à l'appréciation de ceux qui en étaient chargés. On n'a pas prétendu que l'ampleur de ces réductions de prix devait être dévoilée aux concurrents. Au contraire, la preuve démontre

ferred appreciably. On the other hand, just as the competitors would in time become aware of Redpath's pricing formula, they would inevitably become aware of its marketing policy and Redpath's president was conscious of this when adopting it.

When, as expected, the competitors did adopt a similar policy, did this mean that an agreement had been reached? In order to make an agreement by tacit acceptance of an offer there must not only be a course of conduct from which acceptance may be inferred, there must also be communication of this offer. In the case of the list price, this was apparent and did cast a burden on the defence. But there was no such communication of the marketing policy. In those circumstances, did the "tacit agreement" resulting from the expected adoption of a similar policy by the competitors amount to a conspiracy? I have great difficulty in agreeing that it did because the author of Redpath's marketing policy was conscious that its competitors would inevitably after some time become aware of it in a general way and also expected them to adopt a similar policy which would also become apparent.

It appears to me that the Crown's contention implies (and this is apparent from what the trial judge says at p. 101) that, in the situation of the sugar industry in Eastern Canada, each of the refiners was obliged to endeavour to increase its market share at the expense of the others, otherwise it was agreeing to lessen competition unduly. In my view, the trial judge was correct in rejecting this submission. None of the refiners was obliged to compete more strongly than it felt desirable in its own interest. Each refiner was entitled to decide not to seek to increase its market share as long as this was not done by collusion and, in my view, the trial judge was right in coming to the conclusion that what he called the "tacit agreement" to maintain market shares was not an agreement to lessen

que dans le cas d'enchères concurrentielles les cours présentés différaient sensiblement. Par ailleurs, de même que les concurrents découvraient à la longue le système de fixation des prix adopté par Redpath, de même ils se rendraient compte inévitablement de sa ligne de conduite sur le marché; le président de Redpath en était conscient lorsqu'il l'a adoptée.

Lorsque, comme il le prévoyait, les concurrents ont adopté une semblable ligne de conduite, peut-on dire qu'une entente a été conclue? Pour conclure à une entente par acceptation tacite d'une offre, il ne suffit pas d'adopter une ligne de conduite qui implique acceptation, il faut également qu'il y ait eu communication de cette offre. C'est ce que la preuve démontrait pour la liste de prix et c'est ce qui reportait le fardeau de la preuve sur la défense. Mais la ligne de conduite sur le marché n'a fait l'objet d'aucune communication semblable. Vu ces circonstances, l'«entente tacite» qui a découlé de l'adoption prévue d'une semblable ligne de conduite par les concurrents équivaut-elle à un complot? J'éprouve beaucoup de difficulté à dire qu'il en est ainsi simplement parce que l'auteur de cette ligne de conduite chez Redpath était conscient qu'à la longue ses concurrents s'en rendraient compte inévitablement de façon générale et s'attendait également à ce qu'ils adoptent une semblable ligne de conduite qui deviendrait à son tour manifeste.

A mon avis, la prétention du ministère public implique (et cela ressort de ce qu'en dit le juge de première instance à la p. 101) que, dans l'industrie du sucre dans l'Est canadien, chacun des raffineurs était tenu de s'efforcer d'accroître sa part du marché au détriment des autres, autrement il convenait de diminuer indûment la concurrence. A mon avis, le juge de première instance a eu raison de rejeter cette prétention. Aucun des raffineurs n'était tenu de faire concurrence plus fortement qu'il ne l'estimait souhaitable dans son propre intérêt. Chacun des raffineurs avait le droit de décider de ne pas chercher à augmenter sa part du marché en autant que cette décision n'était pas le résultat d'une collusion et, à mon avis, le juge de première instance a conclu à juste titre que ce qu'il

competition unduly.

As I have already indicated, I cannot agree with the submission that this "tacit agreement" to maintain market shares involved the elimination of competition. On the contrary, as we have just seen, the evidence is clear that it involved only a lessening of competition. When it discontinued the financially disastrous price cutting whereby it had increased its share of the market, Redpath realized that without any price cutting it was not only losing the excess but failing to maintain its former market share. The decision to strive for stability on the basis of maintaining "historical market share" was therefore not a decision to forego all price competition. On the contrary, it meant that some price concessions would be made to the big buyers but that this would be adjusted so as to maintain the "historical market share" as close as possible without any increase or diminution. That this involved a lessening of competition is apparent. However, it is equally clear that it did not involve a suppression of competition. The question is whether it meant that competition was intended to be "unduly" lessened.

Section 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act* reads:

32. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person . . .

(c) to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of an article, or in the price of insurance upon persons or property, or . . .

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

I see no need to review the authorities on the meaning of "unduly" in this enactment. Together

a appelé l'«entente tacite» en vue de maintenir les parts du marché ne constituait pas une entente pour diminuer indûment la concurrence.

Comme je l'ai déjà souligné, je ne suis pas d'accord avec la prétention que cette «entente tacite» pour maintenir les parts du marché impliquait l'élimination de la concurrence. Au contraire, comme nous venons de le voir, il ressort clairement de la preuve qu'elle n'entraînait qu'une diminution de la concurrence. Lorsqu'elle a mis fin aux désastreuses réductions de prix au moyen desquelles elle avait accru sa part du marché, la société Redpath s'est rendue compte qu'en supprimant toute réduction de prix, non seulement elle perdait l'excédent mais elle était incapable de maintenir la part du marché qu'elle détenait auparavant. La décision de rechercher la stabilité en maintenant sa «part traditionnelle du marché» n'était donc pas une décision de renoncer à toute concurrence de prix. Au contraire, cela signifiait que des concessions en matière de prix seraient faites au profit des gros acheteurs mais limitées à ce qu'il faudrait pour maintenir la «part traditionnelle du marché» aussi précisément que possible, sans augmentation ni diminution. Il est évident que cela impliquait une diminution de la concurrence. Il est tout aussi clair, toutefois, que cela n'impliquait pas la suppression de la concurrence. La question est de savoir si cela signifiait qu'on entendait par là diminuer «indûment» la concurrence.

L'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* se lit comme suit:

32. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne qui complot, se coalise, se concert, ou s'entend avec une autre . . .

c) pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un article, ou dans le prix d'assurance sur les personnes ou les biens; ou . . .

Je n'aurai pas à faire l'analyse de la jurisprudence sur le sens du mot «indûment» dans cette disposi-