

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 éléver 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 collatoire. 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'étoffer 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, immoderée, 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 apppellantes 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 «comploté, se coalise, se concerte 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 incombaît 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'étoffement 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 apppellantes 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 éléver 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.

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.

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. Moore, 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 refineries 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, surreptitiously

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. Moore, 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 estimions 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%)
May	28.73%)
Jun.	28.52%)
Jul.	28.88%)
Aug.	27.67%)

A general declining trend

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 huits 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%)
Mai	28.73%)
Juin	28.52%)
JUIL.	28.88%)
Août	27.67%)

Tendance générale à la baisse

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 influer 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.

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.

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".

Ces extraits confirment le bien-fondé de la conclusion du juge de première instance à l'existence d'une «entente tacite» pour maintenir «les 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».

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?

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.

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.

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

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 concerte 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-

with the leading case of *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*⁴, they have recently been exhaustively examined by Ritchie J. when writing the majority opinion in *Aetna Insurance Co. and others v. The Queen*⁵. At page 748 he quoted as an accurate assessment of the meaning of "unduly" the trial judge's conclusion of this point as follows:

This review of the various statements on the meaning of "unduly" as it relates to the offence of lessening competition brings me to these conclusions. An agreement to prevent or lessen competition alone is not an offence. What is criminal is an agreement that is intended to lessen competition improperly, inordinately, excessively, oppressively or one intended to have the effect of virtually relieving the conspirators from the influence of free competition. There is no requirement for the Crown to prove the existence of a monopoly and it is a question of fact as to whether the agreement reaches the point of intending to lessen competition unduly and therefore becomes a criminal conspiracy.

I find it abundantly clear that, applying this test to the facts found by the trial judge, it is impossible to say that he erred in law when coming to the conclusion that the Crown had failed to prove an agreement to lessen competition unduly. I am unable to find in the reasons for judgment in the Court of Appeal any sound basis for concluding otherwise and, as I have already indicated, I am unable to find any valid reason for so concluding on the facts relied on by counsel for the Crown.

I must note, however, that it has correctly been pointed out that, in view of the decision of this Court in *R. v. Cooper*⁶, Mackay J. was in error in his statement, when dealing with the law, (at p. 23) that "the law concerning circumstantial evidence must be applied and the rule in *Hodge's* case followed". In fairness to the trial judge, I will note that his judgment is dated December 19, 1975 and

tion. Y compris l'arrêt sur lequel on a tant insisté, *Howard Smith Paper Mills Ltd. et autres c. La Reine*⁴, elle a récemment fait l'objet d'une étude complète par le juge Ritchie qui a rédigé l'opinion majoritaire dans l'affaire *Aetna Insurance Co. et autres c. La Reine*⁵. A la p. 748 du recueil, il cite la conclusion suivante du juge de première instance sur ce point et déclare qu'il la considère une appréciation exacte du sens du mot «indûment»:

[TRADUCTION] Cette revue des différents exposés sur le sens du mot «indûment» relativement à l'infraction de diminution de la concurrence me conduit aux conclusions suivantes. Une entente pour prévenir ou diminuer la concurrence ne constitue pas à elle seule une infraction. Ce qui est criminel, c'est une entente destinée à diminuer la concurrence de façon illégitime, immodérée, excessive ou oppressive ou destinée à soustraire virtuellement les conspirateurs à l'influence de la libre concurrence. Le ministère public n'est aucunement obligé de prouver l'existence d'un monopole et c'est une question de fait que de savoir si l'entente atteint un point tel qu'elle est destinée à diminuer indûment la concurrence et devient ainsi une conspiration criminelle.

Si l'on applique ce critère aux faits constatés par le juge de première instance, il me paraît tout à fait impossible d'affirmer qu'il a erré en droit en concluant que le ministère public n'avait pas réussi à prouver une entente pour diminuer indûment la concurrence. Je ne puis trouver dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel aucun fondement solide qui m'amènerait à conclure dans un autre sens et, comme je l'ai déjà indiqué, je ne puis trouver aucun motif valable qui en étaye la conclusion à partir des faits invoqués par le substitut dans sa plaidoirie.

Je dois faire remarquer toutefois qu'il a souligné avec raison que, selon l'arrêt de cette Cour dans *R. c. Cooper*⁶, le juge MacKay a commis une erreur en déclarant, dans son exposé du droit, (à la p. 23) que [TRADUCTION] «il faut appliquer les principes qui régissent la preuve indirecte et suivre la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*». En toute justice envers le juge de première instance, je note que son

⁴ [1957] S.C.R. 403.

⁵ [1978] 1 S.C.R. 731.

⁶ [1978] 1 S.C.R. 860.

⁴ [1957] R.C.S. 403.

⁵ [1978] 1 R.S.C. 731.

⁶ [1978] 1 R.C.S. 860.

the decision of the Ontario Court of Appeal which quashed *Cooper's* conviction by application of the rule in *Hodge's* case and was later reversed in this Court, had been rendered March 24, 1975 (7 O.R. (2d) 429). This would not, of course, save the trial judge's conclusion if it was actually based on this view of the law which must now be held erroneous. I am however satisfied that the trial judge's conclusion on the point presently being considered was in no way reached by the application of that rule in this case. In considering whether he ought to make the inference of a "tacit agreement" to maintain market shares, he did not put the question whether this was the only possible conclusion consistent with the proven facts, he just said (at p. 102):

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.

I must also point out that while, as was stressed in *Aetna*, the offence lies in the agreement made with the intention to lessen competition unduly, not in the actual result of the agreement, no such distinction has to be made when, as here, the only evidence of the agreement is found in the course of conduct from which it is inferred. In the present case, the "tacit agreement" which the trial judge found was obviously to lessen competition as it was in fact lessened in the manner above described. Whether this was a criminal offence depends exclusively on whether competition was thus lessened "unduly". 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

jugement est daté du 19 décembre 1975 et que la décision de la Cour d'appel de l'Ontario d'annuler la déclaration de culpabilité contre *Cooper* par application de la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*, décision qui a ultérieurement été infirmée par cette Cour, a été rendue le 24 mars 1975 (7 O.R. (2d) 429). Cela ne validerait évidemment pas la conclusion du premier juge si elle était réellement fondée sur cette conception du droit qu'il faut maintenant tenir pour erronée. Je suis toutefois convaincu que la conclusion du juge de première instance sur le point en question n'est aucunement le résultat de l'application de cette règle à l'espèce. En recherchant s'il devait conclure à l'existence d'une «entente tacite» à l'effet de maintenir le partage du marché, il ne s'est pas posé la question de savoir si cette conclusion était la seule conclusion compatible avec les faits prouvés, il a simplement dit (à la p. 102):

[TRADUCTION] 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.

Je dois également souligner que même si, comme on l'a noté dans l'arrêt *Aetna*, c'est l'entente conclue en vue de diminuer indûment la concurrence et non son résultat concret qui constitue l'infraction, cette distinction devient sans importance lorsque, comme en l'espèce, l'unique preuve de l'existence de l'entente se trouve dans la ligne de conduite d'où l'on conclut à son existence. 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 comme elle a de fait été diminuée de la manière ci-haut décrite. Cela ne constitue une infraction criminelle que si la concurrence a ainsi été diminuée «indûment». 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»

irrelevant.

I would allow the appeals, set aside the convictions entered by the Court of Appeal and restore the acquittals.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—This appeal from a conviction entered by the Court of Appeal of Quebec after an acquittal by the Superior Court raises a number of issues of importance, the examination of which requires a consideration at the outset of the principal facts, and the law applied to those facts in each of the Courts below.

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 is that the appellants conspired to enhance unreasonably the price of sugar in eastern Canada (that is to say, in the provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island and Newfoundland); and in count 2 the appellants are 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*, R.S.C. 1970, c. C-23.

The evidence indicates that each of the appellants operated sugar refineries in which imported sugar was refined for marketing in the region extending from the Atlantic to the western boundary of Ontario. During World War II, the marketing of sugar was regulated by the Wartime Prices and Trade Board, a federal agency, and the appellants, then the only sugar refiners in business were allotted shares of the market in eastern Canada by that agency. When the controls ended in 1949 the appellants had the following shares of the market:

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.

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'infirmer les déclarations de culpabilité prononcées par le Cour d'appel et de rétablir les acquittements.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—Ce pourvoi à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel du Québec, après un acquittement en Cour supérieure, soulève plusieurs questions importantes, dont l'examen requiert un exposé préliminaire des faits essentiels et du droit que chaque cour d'instance inférieure leur a appliqué.

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 éléver indûment le prix du sucre dans l'Est du Canada (c'est-à-dire, en Ontario, au Québec, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, en l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve); 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*, S.R.C. 1970, chap. C-23.

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'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, un organisme fédéral, 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 per cent with refinery at St. John, N.B.
Redpath	42.7 per cent with refineries at Chatham, Ont. and Montreal
St. Lawrence	21.7 per cent with refinery at Montreal

This proportional participation in the market continued without interruption until 1958 when Redpath (formerly known as Canada and Dominion Sugar Company Limited) set about to increase its market share by reducing its prices, and its share of the eastern Canada 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, "the world's largest integrated sugar company", as the trial judge described it.

At trial the appellants were found not guilty on both counts. The Court of Appeal of Quebec dismissed the appeal of the Crown with respect to count 1 but found all the appellants guilty on count 2 with which we are now solely concerned and which reads as follows:

2. THAT at Montreal, district of Montreal, Province of Quebec, and in divers places throughout Canada, between January 1st, 1960, and May 31st, 1973, both inclusive, ATLANTIC SUGAR REFINERIES CO. LIMITED, REDPATH INDUSTRIES LIMITED (formerly known as Canada and Dominion Sugar Company Limited, ST. LAWRENCE SUGAR LIMITED, and S.L.S.R. HOLDINGS LIMITED (formerly known as St. Lawrence Sugar Refineries Limited), did unlawfully conspire, combine, agree or arrange together and with one another and with Czarnikow (Canada) Limited, Czarnikow-Rionda Company of New York City, State of New York, U.S.A., Czarnikow Limited of London, England, Hodgson (East India) Ltd., Mansugar Ltd., M. Golodetz & Co. of New York City, State of New York, U.S.A., Indian Sugar Mills Association of India and South African Sugar Association of South Africa, M. Golodetz of London, England, State Trading Corporation of India and other persons unknown or with some of them or with one of them, to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, transportation or supply of an article or commodity that may be the subject of trade or commerce, to wit: sugar, raw or refined, in divers places throughout the provinces of

Atlantic	35.6 pour cent raffinerie à St-Jean (N.-B.)
Redpath	42.7 pour cent raffineries à Montréal et à Chatham (Ontario)
St-Laurent	21.7 pour cent raffinerie à Montréal

Leurs parts respectives du marché se sont maintenues sans interruption jusqu'en 1958, lorsque Redpath (auparavant appelée Canada and Dominion Sugar Company Limited) a entrepris d'augmenter la sienne en abaissant ses prix; sa part du marché de l'Est du Canada 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 Limited, [TRADUCTION] «le géant mondial du sucre», comme l'a appelée le juge de première instance, a pris le contrôle.

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, qui est maintenant le seul qui nous soit soumis; il se lit comme suit:

[TRADUCTION] 2. QUE, à Montréal, district de Montréal, province de Québec, et à divers endroits à travers le Canada, entre le 1^{er} janvier 1960 et le 31 mai 1973, ces deux dates incluses, ATLANTIC SUGAR REFINERIES CO. LIMITED, LES INDUSTRIES REDPATH LIMITÉE (auparavant appelée Canada and Dominion Sugar Company Limited), SUCRE ST-LAURENT LIMITÉE, et S.L.S.R. HOLDINGS LIMITED (auparavant appelée St. Lawrence Sugar Refineries Limited), ont comploté, se sont coalisées, se sont concertées ou se sont entendues ensemble et les unes avec les autres et avec Czarnikow (Canada) Limited, Czarnikow-Rionda Company de New York, État de New York, É.-U., Czarnikow Limited de Londres, Angleterre, Hodgson (East India) Ltd., Mansugar Ltd., M. Golodetz & Co. de New York, État de New York, É.-U., Indian Sugar Mills Association of India and South African Sugar Association of South Africa, M. Golodetz de Londres, Angleterre, State Trading Corporation of India et avec d'autres personnes inconnues ou avec quelques-unes d'entre elles ou avec l'une d'elles, pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, le transport ou la fourniture d'un article ou d'une denrée qui peut faire l'objet d'échanges ou d'un commerce,

Ontario, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island and Newfoundland and did thereby commit an indictable offence contrary to Section 32(1)(c) of the Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, Chapter C-23.

The appeal by the Crown to the Court of Appeal was made pursuant to s. 605 (1)(a) of the *Criminal Code*. The appellants contend that the Court of Appeal had no jurisdiction to hear the appeal because no error of law had been committed by the learned trial judge. If that be so, then this Court is without jurisdiction as well and therefore the primary question to be answered is whether the Court of Appeal did indeed entertain an appeal in which the issue was properly classified as raising a question "of law alone" and not one of mixed fact and law.

The Court of Appeal concluded that the learned trial judge misdirected himself in the law and concluded that had the proper law been applied, the appellants ought to have been convicted on count 2. The appellate court interpreted the reasons at trial to mean that in the view of the trial judge, the law imposed a duty or burden on the Crown to prove not only an intent on the part of the appellants to enter into an agreement to maintain their respective shares of the sugar market but also that in doing so, they intended thereby to lessen competition unduly. The Court of Appeal was of the view that the Crown need only prove beyond a reasonable doubt an intent to agree to maintain market shares, and the trier of fact, upon finding such an agreement to have been reached by the accused, must thereupon determine as a question of fact whether as a consequence thereof competition was unduly lessened.

In my view the judgment at trial and the disposition of count 2 there made, raise on appeal to the Court of Appeal a question of law alone. Therefore the Court of Appeal had jurisdiction under s. 605(1)(a) to entertain the appeal and I will revert to this matter at the conclusion of these reasons.

It is convenient first to assemble and examine the law which the learned trial judge found to be applicable to the findings he has made; and thereafter to examine the conclusions he reached, lim-

savoir: du sucre, brut ou raffiné, à divers endroits en Ontario, au Québec, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, en l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve et ont par conséquent commis un acte criminel contrairement à l'al. 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23.

Le ministère public a interjeté appel en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. Les appelantes prétendent que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel parce que le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit. Si c'est le cas, cette Cour n'a pas compétence non plus, et la première question à laquelle il faut répondre est donc celle de savoir si l'appel interjeté à la Cour d'appel portait bien sur une question «de droit seulement» et non sur une question mixte de fait et de droit.

La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance n'avait pas appliqué les bons principes de droit et que, s'il l'avait fait, les appelantes auraient été trouvées coupables sur le second chef. Suivant l'interprétation que la Cour d'appel a donnée des motifs du juge de première instance, celui-ci était d'avis qu'en droit, le ministère public avait le devoir ou le fardeau d'établir non seulement l'intention des appelantes de conclure une entente pour maintenir leurs parts respectives du marché du sucre, mais aussi que, ce faisant, elles voulaient diminuer indûment la concurrence. La Cour d'appel s'est dit d'avis que le ministère public était seulement tenu d'établir au-delà de tout doute raisonnable l'intention de s'entendre pour maintenir les parts du marché, et que, si le juge du fond était d'avis que les accusées avaient conclu pareille entente, il devait décider comme une question de fait si la concurrence avait été en conséquence indûment diminuée.

A mon avis, le jugement de première instance, et la décision prise sur le second chef, soulèvent en appel une question de droit seulement. La Cour d'appel avait par conséquent compétence en vertu de l'al. 605(1)a) pour entendre l'appel; je reviendrai sur ce point à la fin des présents motifs.

Il est plus simple d'exposer et d'examiner en premier lieu les règles de droit que le juge de première instance a estimées applicables à ses constatations, puis d'examiner les conclusions qu'il

ited of course to count 2. All references to the judgment at trial will be to (1976), 26 C.P.R. (2d) 14.

With reference to the onus on the Crown in proving its case, Mackay J. stated at p. 23:

I cannot agree with the Crown's statement (legal authorities, p. 51) that "The Crown is only required to prove that there was a conspiracy which, if carried out, would unreasonably enhance the price of the article . . . It is submitted that it is not necessary to show that the accused intended to unreasonably enhance the price of sugar any more than that they intended to unduly lessen or prevent competition." Surely, the conspirators must have the intention of entering into an agreement and in fact do enter into an agreement which, if carried out, would have the result of unreasonably enhancing the price of an article. It need not be shown that if the agreement was put into effect, that prices were enhanced, but simply the agreement must have been intended to have that effect.

It will be observed that the second last sentence requires only the single intention of entering into an agreement that when carried out would result in unduly lessening competition (adapting it to the words of the second count). The last sentence, however, imports the double intent requirement, the first being the intent to enter the agreement, and the second being the intent to lessen competition unduly.

However at p. 27, the trial court described the onus upon the Crown as follows:

The Crown is only required to prove that the accused intended to and did enter into an agreement which they intended to put into effect and if put into effect, would have resulted in the unreasonable enhancement of the price of the article. [R. v. Eddy Match Co. Ltd. *et al.* (1951), 13 C.R. 217 (affirmed at 18 C.R. 357).]

At p. 31, however, the Court returns to the question of onus upon the Crown:

In brief, then the Crown, if it is to succeed in a prosecution under the *Combines Investigation Act*, must establish . . .

a tirées, en se limitant bien sûr au second chef. Tous les renvois à la décision de première instance sont au recueil (1976), 26 C.P.R. (2d) 14.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve qui incombe au ministère public, le juge MacKay a dit (à la p. 23):

[TRADUCTION] Je ne peux être d'accord avec l'énoncé du ministère public (fondements juridiques, à la p. 51) que: «Le ministère public n'a qu'à établir l'existence d'un complot qui, s'il était mis à exécution, élèverait déraisonnablement le prix de l'article . . . Nous soutenons qu'il n'est pas plus nécessaire d'établir que les accusées voulaient éléver le prix du sucre, que d'établir qu'elles voulaient diminuer ou d'empêcher indûment la concurrence.» Il est certain que les conspirateurs doivent avoir l'intention de conclure une entente, et, en fait, ils doivent en conclure une qui, si elle était mise à exécution, aurait pour résultat d'élèver déraisonnablement le prix d'un article. Il n'est pas nécessaire de démontrer que, si l'entente était mise à exécution, les prix augmenteraient, mais il suffit de démontrer que l'entente visait nécessairement ce résultat.

On note que l'avant-dernière phrase n'exige que l'intention unique de conclure une entente dont la mise à exécution aurait pour résultat de diminuer indûment la concurrence (en l'adaptant aux termes du second chef). La dernière phrase, cependant, exige la double intention, la première, celle de conclure l'entente, la seconde, celle de diminuer indûment la concurrence.

A la p. 27, cependant, le juge du procès a défini le fardeau qui incombe au ministère public comme suit:

[TRADUCTION] Le ministère public n'a qu'à établir que les accusées avaient l'intention de conclure une entente et en ont conclu une qu'elles avaient l'intention de mettre à exécution et qui, si elle l'était, aurait eu pour résultat une hausse déraisonnable du prix de l'article. [R. v. Eddy Match Co. Ltd. *et al.* (1951), 13 C.R. 217 (confirmé à 18 C.R. 357).]

A la p. 31, cependant, le juge revient à la question du fardeau qui incombe au ministère public:

[TRADUCTION] En bref, le ministère public, pour réussir dans une poursuite intentée en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, doit donc établir . . .

As to the second count:

- (a) That the accused entered into an agreement at any time between January 1, 1960 and May 31, 1973, with one another and/or with others named in the indictment;
- (b) that the object of the agreement was to lessen competition in the production and sale of raw or refined sugar in eastern Canada;
- (c) that the intended lessening of competition was undue.

As to the rule in *Hodge's*⁷ case, the trial judge, after setting out the rule, continues at p. 23:

Proof of intent, like proof of an agreement, is seldom susceptible of being made by direct evidence in combines cases and is generally established by inferences drawn from the evidence and having a cumulative effect. This being so, the law concerning circumstantial evidence must be applied and the rule in *Hodge's* case, *supra*, followed.

I will return to the application of the rule in *Hodge's* case later in this judgment.

Thereafter the Court proceeded to draw certain conclusions of law beginning with the meaning of the term 'unduly' as it appears in s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, *supra*.

In the light of these cases, it has been suggested by Mr. Richard Gosse in an annotation "How Much May Competition be Lessened?", 36 C.R. 28 at p. 29, that "to obtain a conviction under s. 32(1)(c) it must be shown that the accused entered into an agreement to suppress competition in their particular sector of trade".

In the view of the foregoing I am of the opinion that, in the case at bar at least, Mr. Gosse's interpretation of "unduly" is the correct one to adopt. Where the accused at the beginning of the period controlled 99.8 p. 100 of the eastern Canadian market, an agreement to lessen competition would be tantamount to extinction, and so would be undue. The extinction of competition would in those circumstances require the combined action of all the accused to be effective, for if one decided to allot a portion of its market share to a newly arrived competitor, whatever the other two planned would be for nought. (at p. 30)

Quant au second chef:

- a) que les accusées ont conclu une entente entre le 1^{er} janvier 1960 et le 31 mai 1973, ensemble et (ou) avec d'autres personnes désignées à l'acte d'accusation;
- b) que l'objet de l'entente consiste à diminuer la concurrence dans la production et la vente de sucre brut ou raffiné dans l'Est du Canada;
- c) que la diminution de concurrence visée est indue.

En ce qui concerne la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*⁷, le juge du procès, après l'avoir énoncée, poursuit à la p. 23:

[TRADUCTION] La preuve de l'intention, comme celle d'une entente, peut rarement être établie par une preuve directe dans les affaires de coalition; elle est habituellement établie par des déductions tirées de la preuve et qui ont un effet cumulatif. Cela étant, il faut appliquer les principes qui régissent la preuve indirecte et suivre la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*, précité.

Je reviendrai à l'application de cette règle plus loin dans les présents motifs.

La Cour a ensuite tiré certaines conclusions en droit, tout d'abord en ce qui concerne le sens du mot «indûment» à l'al. 32(1)c de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, précitée.

[TRADUCTION] A la lumière de cette jurisprudence, M. Richard Gosse, dans une note intitulée «How Much May Competition be Lessened?», 36 C.R. 28 à la p. 29, a avancé que «pour obtenir une condamnation en vertu de l'al. 32(1)c, il est nécessaire de démontrer⁸ que les accusés ont conclu une entente pour supprimer la concurrence dans leur secteur particulier d'activités commerciales».

Vu ce qui précède, je suis d'avis qu'en l'espèce du moins, l'interprétation donnée par M. Gosse du mot «indûment» est celle qu'il faut retenir. Comme, au début de la période, les accusées contrôlaient 99.8% du marché de l'Est du Canada, une entente visant à diminuer la concurrence reviendrait à l'éliminer et serait par conséquent indue. Dans ces circonstances, l'élimination de la concurrence, pour être efficace, exigerait que toutes les accusées agissent en coalition car, si l'une d'entre elles décidait d'allouer une portion de sa part du marché à un nouveau concurrent, les plans des deux autres seraient inutiles. (à la p. 30)

⁷ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

⁸ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

Much later in his reasons the learned trial judge makes this finding with reference to an agreement between the accused:

On the evidence, I find that the maintenance of traditional market shares—which were adjusted but in the same proportion when Cartier came on stream—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-11A and B). That this project was never realized was in no way due to the maintenance of market shares by the accused. (at p. 103)

It will be observed that the Court finds that there was a tacit agreement which resulted in the maintenance of fixed proportions of the eastern Canada sugar market between the accused but that such agreement was not reached for the purpose of stifling competition but rather to avoid a price war. It should be noted that the Westcane operation mentioned in the above excerpt commenced not in 1969 but in 1974 after the period of the charges herein.

Earlier the learned trial judge on this point stated:

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. (at p. 102)

Beaucoup plus loin dans ses motifs, le savant juge du procès vient à la conclusion suivante à l'égard d'une entente entre les accusées:

[TRADUCTION] 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, 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. (à la p. 103)

On note que la Cour conclut à l'existence d'une entente tacite qui a eu pour effet de maintenir des parts fixes du marché du sucre dans l'Est du Canada entre les accusées, mais que cette entente n'a pas été conclue pour étouffer la concurrence mais plutôt pour éviter une guerre des prix. Il faut faire remarquer que l'entreprise Westcane mentionnée dans le passage précité n'a commencé à fonctionner qu'en 1974, non en 1969, soit après la période visée par les accusations portées en l'espèce.

Plus tôt, le juge du procès a dit sur ce point:

[TRADUCTION] 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. (à la p. 102)

There is, it must be noted, an express finding "that there was no evidence of any communication between [the accused]". (at p. 96)

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 proportions for another fourteen years. (The ten per cent reduction in the total share of the three accused of the eastern Canada market went to Cartier Sugar Limited, incorporated in 1969, which is a vertically integrated facet of the Steinberg Limited food marketing enterprise which in turn accounted for about 50 per cent of Cartier's sales.) These contending theories were summarized as follows:

The theory of the Crown with regard to the accused's maintenance of their traditional market shares 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 have obtained a greater share of the market by, *inter alia*:

- (a) giving greater discounts to customers,
- (b) more vigorous advertising,
- (c) better packaging,
- (d) abolishing the basing point pricing and freight absorption system of marketing,
- (e) using maximum plant capacity,

and the agreement had the effect of lessening competition.

The theory of the defence may be simply put. 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. (at p. 101)

The judgment concludes with the acceptance by the Court of the "good motive" explanation advanced by the accused and embodied in the quotation from p. 103 of the trial judgment, *supra*. I reproduce the key sentence for convenience:

On notera qu'il y est expressément constaté qu'[TRADUCTION] «il n'y a aucune preuve de communications entre [les accusées]». (à la p. 96)

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 diminution de 10 pour cent de la part totale des trois accusées est due à l'arrivée sur le marché de Sucre Cartier Limitée, constituée en compagnie en 1969, qui fait partie de la concentration verticale de l'entreprise de commercialisation de produits alimentaires Steinberg Limitée, qui, elle-même, compte pour environ 50 pour cent des ventes de Cartier.) On a résumé ces thèses opposées ainsi:

[TRADUCTION] La thèse du ministère public quant au maintien par les accusées de leurs parts traditionnelles du marché est la suivante:

Il existait une entente de partage du marché que les accusées ont maintenue 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 au moyen, notamment:

- a) de remises plus importantes aux clients;
 - b) d'une publicité plus agressive;
 - c) d'une présentation plus attrayante;
 - d) de l'abolition du système d'établissement des prix par points de base et d'absorption du fret;
 - e) de l'utilisation maximale de la capacité des usines,
- et l'entente a eu pour effet de diminuer la concurrence.

Voici en quelques mots la thèse de la défense. 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. (à la p. 101)

Le jugement conclut à l'acceptation par la Cour de l'explication du «motif louable» avancée par les accusées que l'on trouve dans la citation tirée de la p. 103 du jugement de première instance, précitée. Pour plus de commodité, je reproduis la phrase-clé:

The reason for maintaining traditional market shares was to avoid a parice war which would have resulted had the accused taken the only method of increasing them by price cutting through extensive discounts.

In the Court of Appeal Mr. Justice Mayrand, with whom Owen J.A. concurred, found that the trial judge erred in law in determining that the Crown was required to prove that the defendant intended to prevent or lessen competition unduly; and that in view of his finding of fact the learned trial judge would have convicted the accused on the second count but for the foregoing error in law. After reciting the elements of the second count (quoted, *supra*, from 26 C.P.R. at p. 31 and p. 103, *supra*) Mayrand J.A. concludes:

In our case, the Judge formulates an erroneous rule of law not by inadvertence but when he wishes to be more precise and when he declares in distinct paragraphs the three elements of proof which are incumbent upon the Crown. We are, therefore, faced not with a wrong formulation, but rather with a false conception of the rule of law. As a result, the appellant is right in saying that on this point there has been an error of law.

(41 C.P.R.(2d) 5 at p. 16 from which all excerpts hereafter made from the Court of Appeal judgments will be taken.*)

* The judgments of Bélanger and Mayrand JJ.A. were delivered in French and it should be noted that the English translation which appears in the C.P.R. is unofficial and must be approached with caution. There are at least 2 blatant errors, one at p. 10 where the last sentence of Bélanger J.A.'s opinion is translated as:

If the said conclusion is based upon this error in law, which is the case in point, relative to the second count of the indictment, but not with respect to the first count it does not have the consequence that my colleague has mentioned.

when in the original French version it reads:

[S]i ladite conclusion est basée sur cette erreur de droit, ce qui est le cas dans l'espèce, relativement au second chef d'accusation, non pas quant au premier chef sur lequel elle n'a pas de portée tel que l'a mentionné mon collègue.

A better translation would be:

If the said conclusion is based upon this error in law, which is the case here, it is relative to the second count of the indictment but has no bearing on the first count, as my colleague has mentioned.

The difference is crucial, as the C.P.R. version indicates that Bélanger J.A. is dissenting on this point, when he is actually supporting Mayrand J.A.

[TRADUCTION] 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.

En Cour d'appel, le juge Mayrand, à l'opinion duquel le juge Owen a souscrit, a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en décidant que le ministère public devait établir que les défenderesses voulaient empêcher ou diminuer indûment la concurrence; et que, vu ses constatations sur les faits, le juge de première instance aurait déclaré les accusées coupables sur le second chef, n'eût été cette erreur de droit. Après avoir énoncé les éléments du second chef (cité ci-dessus et tiré du recueil 26 C.P.R. aux pp. 31 et 103, précité) le juge Mayrand conclut:

Dans notre cas, le juge formule une règle de droit erronée non pas par inadvertance mais au moment où il veut être plus précis et où il énonce en paragraphes distincts les trois éléments de la preuve qui incombent à la Couronne. Nous sommes donc en présence non pas d'une mauvaise formulation, mais plutôt d'une fausse conception de la règle de droit. Par conséquent, l'appellant a raison de dire que sur ce point il y a eu erreur de droit.

([1978] C.A. 25 à la p. 30 et p. 16, 41 C.P.R. (2d) 5 à la p. 16 d'où seront tirés tous les extraits de la traduction anglaise des motifs de la Cour d'appel*.)

* Les juges Bélanger et Mayrand ont rendu leurs décisions en français et il convient de souligner que la traduction anglaise publiée dans le C.P.R. n'est pas officielle et doit être abordée avec prudence. Il y a au moins deux erreurs flagrantes, l'une à la p. 10 où la dernière phrase de l'opinion du juge Bélanger est traduite comme suit:

If the said conclusion is based upon this error in law, which is the case in point, relative to the second count of the indictment, but not with respect to the first count it does not have the consequence that my colleague has mentioned.

alors que la version française originale se lit:

si ladite conclusion est basée sur cette erreur de droit, ce qui est le cas dans l'espèce, relativement au second chef d'accusation, non pas quant au premier chef sur lequel elle n'a pas de portée tel que l'a mentionné mon collègue.

En voici une traduction plus appropriée:

If the said conclusion is based upon this error in law, which is the case here, it is relative to the second count of the indictment but has no bearing on the first count, as my colleague has mentioned.

La différence est cruciale puisque la version du C.P.R. indique que le juge Bélanger est en désaccord sur ce point avec le juge Mayrand alors qu'en fait il l'appuie.

As to the facts required to be proven by the Crown, Mayrand J.A. states:

Three essential facts must be proven by the Crown:

- (a) an agreement in which the respondents have participated;
- (b) the object of this agreement was the lessening of competition;
- (c) the carrying out of this agreement had to result in an undue lessening of competition.

I consider that these three essential facts have been established if one abides by the conclusions that the Judge drew from the evidence. (at p. 16)

Bélanger J.A. concurred in the result and emphasized that the error in the court below lay in requiring the Crown to prove "that the lessening of competition was intended to be undue". (at p. 8)

I have come to the conclusion, with all respect to those who hold a contrary view, that the learned trial judge erroneously determined that the Crown had a greater burden of proof than that imposed by the law and that given the findings of fact the learned trial judge has made, he would have convicted all the accused on the second count had he correctly directed himself on the law.

This section of the *Combines Investigation Act* has been before the Court recently in *Aetna Insurance Company et al. v. The Queen*⁸, where Ritchie J., speaking for the majority, described the onus upon the Crown under s. 32 in these terms:

Another clear error can be found on p. 17, where Mayrand J.A.'s statement that

Westcane Sugar Ltd. d'Oshawa en Ontario . . . ne produisait pas encore en mai 1973

has been rendered

Westcane Sugar Ltd. of Oshawa, Ontario . . . was no longer producing in May, 1973. (Emphasis added)

"No longer" should of course read "not yet".

The translation at 41 C.C.C. (2d) 209 appears to be identical to the C.P.R. version. [Editorial note—The original French version is reported at C.A. [1978] 25.]

⁸ [1978] 1 S.C.R. 731.

En ce qui concerne les faits que le ministère public doit établir, le juge Mayrand dit:

Trois faits essentiels devaient être prouvés par la Couronne:

- a) une entente à laquelle les intimées ont participé;
- b) l'objet de cette entente était la diminution de la concurrence;
- c) la mise à exécution de cette entente devait aboutir à une diminution indue de la concurrence.

J'estime que ces trois faits essentiels ont été établis si l'on s'en tient aux conclusions que le juge a tirées de la preuve. (à la p. 30)

Le juge Bélanger, d'accord quant à l'issue du procès, a souligné que l'erreur commise par le tribunal de première instance était d'exiger que le ministère public établisse [TRADUCTION] «que la diminution de la concurrence visée soit indue». (à la p. 42)

J'en suis venu à la conclusion, avec égards pour ceux qui sont d'opinion contraire, que le savant juge du procès a décidé à tort qu'un fardeau de preuve plus lourd que celui imposé en droit incombe au ministère public et que, vu ses constatations de faits, il aurait déclaré toutes les accusées coupables sur le second chef s'il avait appliqué les bons principes de droit.

Cette Cour s'est récemment penchée sur cet article de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans l'arrêt *Aetna Insurance Company et autres c. La Reine*⁸, où le juge Ritchie, qui a exprimé l'opinion majoritaire, a défini en ces termes le fardeau qui incombe au ministère public en vertu de l'art. 32:

On trouve une autre erreur à la p. 17 où le juge Mayrand dit que:

Westcane Sugar Ltd. d'Oshawa en Ontario . . . ne produisait pas encore en mai 1973

ce qui est rendu par

Westcane Sugar Ltd. of Oshawa, Ontario . . . was no longer producing in May 1973. (Emphasis added)

Bien sûr, «no longer» devrait se lire «not yet».

La traduction publiée à 41 C.C.C. (2d) 209 est identique à la version du C.P.R. [Note de la rédaction: La version française originale est publiée à [1978] C.A. 25.]

⁸ [1978] 1 R.S.C. 731.

The burden lying upon the Crown in this case is to establish beyond a reasonable doubt first, that the respondents intended to enter into a conspiracy, combination, agreement or arrangement and, secondly, that that conspiracy, combination, agreement or arrangement if it were carried into effect would prevent or lessen competition unduly. These are questions of fact and the only question of law to which this appeal can be said to give rise is the meaning of unduly in the context of s. 32(1)(c). (at p. 748)

To the same effect, Kerwin J., as he then was, in *Container Materials, Ltd. et al. v. The King*⁹, at p. 158, stated:

It was argued that it was not sufficient for the Crown to show an agreement or arrangement, the effect of which would be unduly to prevent or lessen competition, but that the agreement or arrangement must have been intended by the accused to have that effect. This is not the meaning of the enactment upon which the count was based. *Mens rea* is undoubtedly necessary, but that requirement was met in these prosecutions when it was shown that the appellants intended to enter, and did enter, into the very arrangement found to exist.

Houlden J.A. accepted this to be the law in *R. v. Anthes Business Forms Limited et al.*¹⁰, when he said at p. 373:

If the Court could find on the evidence that the purpose or intention of the parties was to prevent or lessen competition unduly, undoubtedly this would be sufficient for a conviction. But the Crown was not required to prove such a purpose or intention. On the basis of the *Container Materials* judgment, it was only necessary for the Crown to prove that the effect of the agreement, if it was put into operation, would be to prevent or lessen competition unduly.

McRuer C.J.H.C. said the question had been "set at rest" by the *Container Materials* judgment in *R. v. Northern Electric Co. Ltd. et al.*¹¹, at p. 263.

The purpose behind the *Combines Investigation Act* was discussed by Duff C.J. in *Container Materials, Ltd., supra*, where he said at p. 152:

Le ministère public a le fardeau d'établir, en l'espèce, au-delà de tout doute raisonnable, d'abord que les intimes ont voulu conspirer, se coaliser, se concerter ou s'entendre et ensuite que cette conspiration, coalition, concertation ou entente, si elle était mise à exécution, préviendrait ou diminuerait indûment la concurrence. Ce sont là des questions de fait et la seule question de droit que puisse soulever le présent pourvoi est la signification du mot indûment dans le contexte de l'al. 32(1)c). (à la p. 748)

Dans le même sens, le juge Kerwin, alors juge puîné, a dit, dans l'arrêt *Container Materials, Ltd. et al. c. Le Roi*⁹, à la p. 158:

[TRADUCTION] On a soutenu qu'il ne suffisait pas au ministère public d'établir l'existence d'une entente ou d'un arrangement qui aurait pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence, mais aussi que les accusés devaient vouloir que l'entente ou l'arrangement ait cet effet. Ce n'est pas le sens de la disposition sur laquelle est fondée l'accusation. La *mens rea* est sans aucun doute nécessaire, mais les poursuites satisfaisaient en l'espèce à cette exigence dès lors qu'il était démontré que les appellants avaient eu l'intention de conclure, et avaient effectivement conclu, l'entente même dont l'existence avait été prouvée.

Le juge Houlden de la Cour d'appel a accepté cet énoncé du droit dans l'arrêt *R. v. Anthes Business Forms Limited et al.*¹⁰, où il a dit à la p. 373:

[TRADUCTION] Si la Cour pouvait conclure de la preuve que le but ou l'intention des parties était d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence, cela suffirait sans aucun doute à fonder une déclaration de culpabilité. Mais le ministère public n'avait pas à établir ce but ou cette intention. Sur la base de l'arrêt *Container Materials*, il suffisait que le ministère public établisse que l'effet de l'entente, si elle était mise à exécution, serait d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence.

Le juge McRuer, juge en chef de la Haute Cour, a déclaré, dans l'arrêt *R. v. Northern Electric Co. Ltd. et al.*¹¹, à la p. 263, que l'arrêt *Container Materials* avait [TRADUCTION] «réglé» la question.

Le juge en chef Duff a analysé le but de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans l'arrêt *Container Materials, Ltd.*, précité, où il a dit à la p. 152:

⁹ [1942] S.C.R. 147.

¹⁰ (1976), 26 C.C.C. (2d) 349.

¹¹ (1955), 111 C.C.C. 241.

⁹ [1942] R.C.S. 147.

¹⁰ (1976), 26 C.C.C. (2d) 349.

¹¹ (1955), 111 C.C.C. 241.

The enactment before us, I have no doubt, was passed for the protection of the specific public interest in free competition. That, in effect, I think, is the view expressed in *Weidman v. Shragge* (1912), 2 D.L.R. 734, 46 S.C.R. 1, in the judgments of the learned Chief Justice, of Mr. Justice Idington and Mr. Justice Anglin, as well as by myself. This protection is afforded by stamping with illegality agreements which, when carried into effect, prevent or lessen competition unduly and making such agreements punishable offences; and, as the enactment is aimed at protecting the public interest in free competition, it is from that point of view that the question must be considered whether or not the prevention or lessening agreed upon will be undue

Cartwright J., in *Howard Smith Paper Mills, Ltd. et al. v. The Queen*¹², carried the discussion on to the interpretation of 'undue' as it applies to the consequences of the agreement amongst the conspirators:

In essence the decisions referred to appear to me to hold that an agreement to prevent or lessen competition in commercial activities of the sort described in the section becomes criminal when the prevention or lessening agreed upon reaches the point at which the participants in the agreement become free to carry on those activities virtually unaffected by the influence of competition, which influence Parliament is taken to regard as an indispensable protection of the public interest; that it is the arrogation to the members of the combination of the power to carry on their activities without competition which is rendered unlawful; that the question whether the power so obtained is in fact misused is treated as irrelevant; and that the Court, except I suppose on the question of sentence, is neither required nor permitted to inquire whether in the particular case the intended and actual results of the agreement have in fact benefited or harmed the public.

In other words, once it is established that there is an agreement to carry the prevention or lessening of competition to the point mentioned, injury to the public interest is conclusively presumed, and the parties to the agreement are liable to be convicted of the offence described in s. 498(1)(d) [now s. 32(1)(c)]. The relevant question thus becomes the extent to which the prevention and limitation of competition are agreed to be carried and not the economic effect of the carrying out of the agreement. In each case which arises under the section the question whether the point described has been reached becomes one of fact. (at pp. 426-7)

[TRADUCTION] Le texte de loi qui nous est soumis a été, sans l'ombre d'un doute, édicté pour protéger l'intérêt public précis vis-à-vis de la libre concurrence. C'est là, à mon avis, l'opinion que le savant Juge en chef, les juges Idington et Anglin, et moi-même avons exprimée dans l'arrêt *Weidman c. Shragge* (1912), 2 D.L.R. 734, 46 R.C.S. 1. Cette protection a été accordée en frappant d'illégalité des ententes qui, si elles sont mises à exécution, empêchent ou diminuent indûment la concurrence, et en faisant des infractions; et, comme ce texte de loi a pour objet la protection de l'intérêt public vis-à-vis de la libre concurrence, c'est sous cet angle qu'il faut examiner la question de savoir si l'exclusion ou diminution convenue est indue

Dans l'arrêt *Howard Smith Paper Mills, Ltd. et al. c. La Reine*¹², le juge Cartwright a poursuivi le débat sur le sens du mot «indûment», employé relativement aux conséquences de l'entente entre les conspirateurs:

[TRADUCTION] La jurisprudence mentionnée me paraît essentiellement porter qu'une entente visant à empêcher ou diminuer la concurrence dans les activités commerciales du type visé par cet article devient criminelle lorsque l'exclusion ou diminution convenue atteint le point où les parties à l'entente deviennent libres de faire affaires à l'abri de presque tous les effets de la concurrence, effets que le Parlement a considérés comme une protection indispensable de l'intérêt public; que c'est l'usurpation, par les membres de la coalition, du pouvoir de faire affaires sans concurrence qui est déclarée illégale; que la question de savoir si le pouvoir ainsi obtenu est, dans les faits, utilisé à mauvais escient n'est pas pertinente; et que la Cour, sauf je suppose en ce qui concerne la peine, n'est pas requise de rechercher si dans chaque cas les effets visés par l'entente et ceux obtenus ont, en réalité, profité ou nui au public, ni autorisée à le faire.

En d'autres termes, une fois établie l'existence d'une entente pour porter à ce point l'exclusion ou diminution de la concurrence, on présume de façon concluante qu'il y a eu atteinte à l'intérêt public, et les parties à l'entente peuvent être déclarées coupables en vertu de l'al. 498(1)d) [maintenant l'al. 32(1)c)]. La question pertinente devient ainsi celle de savoir dans quelle mesure l'on convient de mettre à exécution l'exclusion et la limitation de la concurrence et non quel est l'effet économique de la mise à exécution de l'entente. Dans chaque poursuite intentée conformément à cette disposition, la question de savoir si l'on a atteint ce point en devient une de fait. (aux pp. 426 et 427)

¹² [1957] S.C.R. 403.

¹² [1957] R.C.S. 403.

I turn back to the conclusions of law and findings of fact at trial. The learned trial judge in enumerating the three elements of proof required of the Crown, *supra*, stated the third element in language which is at least ambiguous and which I repeat for convenience:

(c) that the intended lessening of competition was undue.

Later in his reasons the statement is amplified:

But in my opinion, it has not been shown that this agreement was arrived at with the intention of unduly preventing or lessening competition. (at p. 103)

In my respectful view, the combination of these two statements reveals an error in law and opens up the avenue of appeal to the Court of Appeal by way of s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*.

It becomes clear that the trial judge, having found a tacit agreement affecting competition in a way which "would be undue," did not take the next step in the logical sequence and convict the accused on count 2 because the Crown had, in the learned justice's view, not demonstrated the requirement added by the trial judge in his summary of the law that the accused must be shown to have intended to lessen competition unduly when they entered into the agreement. The appellants contended that, notwithstanding this sequence of statements and findings by the trial court, they could not be convicted under s. 32(1)(c) on the basis of a 'tacit agreement'. It was said, in reliance partly on the Ontario Court of Appeal in *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*¹³, that to constitute an agreement within the meaning of s. 32(1)(c) there must be some communication between the parties as a result of which an expectation is aroused in each that he will act in a certain way. Furthermore, the four verbs in subs. (1) of s. 32 in any case amount to "the act of agreeing".

Conspiracy at common law was classically defined by Willes J. in *Mulcahy v. The Queen*¹⁴, at p. 317:

¹³ (1976), 13 O.R. 2(d) 32.

¹⁴ (1868), L.R. 3 H.L. 306.

Je reviens aux conclusions de droit et de fait du juge du procès. Celui-ci, en énonçant les trois éléments de preuve exigés du ministère public, précités, a formulé le troisième élément en des termes pour le moins ambigu que je répète ici pour plus de commodité:

[TRADUCTION] c) que la diminution de la concurrence visée était indue.

Plus loin dans ses motifs, il précise cet énoncé:

[TRADUCTION] 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. (à la p. 103)

Avec égards, il ressort de la juxtaposition de ces deux énoncés une erreur de droit qui permet d'interjeter appel à la Cour d'appel conformément à l'al. 605(1)(a) du *Code criminel*.

Il devient clair qu'après avoir conclu à l'existence d'une entente tacite qui touche la concurrence d'une façon qui «soit indue», le juge du procès n'est pas passé à l'étape logique suivante qui aurait été de déclarer les accusées coupables sur le second chef, parce qu'à son avis, le ministère public n'avait pas établi l'élément qu'il a ajouté dans son résumé du droit, savoir que les accusées devaient avoir eu l'intention de diminuer indûment la concurrence lorsqu'elles ont conclu l'entente. Les appelantes ont soutenu que, nonobstant la suite de ces énoncés et conclusions du juge de première instance, elles ne pouvaient être déclarées coupables en vertu de l'al. 32(1)c sur le fondement d'une «entente tacite». On a dit, s'appuyant en partie sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*¹³, que, pour qu'il y ait entente au sens de l'al. 32(1)c, il doit y avoir eu, entre les parties, certaines communications à la suite desquelles chacune doit s'attendre à ce que les autres agissent d'une certaine façon. De plus, les quatre verbes du par. 32(1) reviennent de toute façon à «l'acte de s'entendre».

Le juge Willes, dans *Mulcahy v. The Queen*¹⁴, à la p. 317, a formulé la définition classique du complot en *common law*:

¹³ (1976), 13 O.R. 2(d) 32.

¹⁴ (1868), L.R. 3 H.L. 306.

A conspiracy consists not merely in the intention of two or more, but in the agreement of two or more to do an unlawful act, or to do a lawful act by unlawful means. So long as such a decision rests in intention only, it is not indictable. When two agree to carry it into effect, the very plot is an act in itself, and the act of each of the parties, promise against promise, *actus contra actum*, capable of being enforced if lawful, punishable if for a criminal object or for the use of criminal means.

This statement of the law was adopted in this Court in *R. v. O'Brien*¹⁵, at p. 674.

We are not, of course, here confined to authorities such as *Mulcahy* which were not concerned with the precise wording employed by Parliament in this section of the *Combines Investigation Act*, *supra*. As was said by Laidlaw J.A. in *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent*¹⁶, at pp. 276-7:

The scope of the section is not confined to conspiracy. It extends to and includes the wrong committed by a person who "combines", "agrees" or "arranges" with another person. Two or more persons may wrongfully combine by joining together their acts and activities to accomplish a result or by co-operating one with the other for the desired end. Each of them may take steps to put matters in such order as will lead to a common objective and thus arrange it. Without attempting to define the scope of the class of persons falling within the section it would appear to me sufficient to say that it is not limited to persons who agree one with the other but it includes also persons who combine or arrange to do what is prohibited by the section.

See also *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*, *supra*, per Houlden J.A. at pp. 41-2; *R. v. Cominco Ltd.—Cominco Ltée et al.*¹⁷

The argument of the appellant that a tacit agreement cannot support a conviction under s. 32(1)(c) carries by implication the notion that s. 32 somehow imports the doctrines of the law of contracts into the criminal law. "Agreement" with

[TRADUCTION] Un complot ne réside pas seulement dans l'intention de deux ou plusieurs personnes, mais dans l'entente entre deux ou plusieurs personnes de commettre un acte illégal, ou d'accomplir un acte légal par des moyens illégaux. Tant que cette décision reste au stade de l'intention, elle ne peut faire l'objet de poursuites. Lorsque deux personnes conviennent de la mettre à exécution, le complot lui-même devient un acte distinct, et l'acte de chaque partie, promesse contre promesse, *actus contra actum*, dont on peut obtenir l'exécution forcée s'il est légal, devient punissable s'il vise un but criminel ou emploie des moyens criminels.

Cette Cour a fait sien cet énoncé du droit dans l'arrêt *R. c. O'Brien*¹⁵, à la p. 674.

Nous ne sommes évidemment pas limités en l'espèce à des arrêts comme *Mulcahy*, qui ne portent pas sur le texte précis employé par le Parlement dans cet article de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, précitée. Comme l'a dit le juge Laidlaw de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent*¹⁶, aux pp. 276 et 277:

[TRADUCTION] La portée de cette disposition n'est pas limitée au complot. Elle s'étend à l'infraction commise par une personne qui «se coalise», «se concerte» ou «s'entendent» avec une autre personne. Deux ou plusieurs personnes peuvent se coaliser illégalement en combinant ensemble leurs actions et activités pour obtenir un résultat ou en coopérant ensemble pour atteindre le but souhaité. Chacune d'elles peut prendre des mesures qui favorisent la réalisation de l'objectif commun et, donc, s'entendre pour le réaliser. Sans tenter de définir l'étendue de la catégorie de personnes visée par la disposition, il me paraît suffisant de dire qu'elle n'est pas limitée aux personnes qui se concertent mais qu'elle inclut également celles qui se coalisent ou s'entendent pour faire ce que la disposition interdit.

Voir aussi *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*, précité, le juge Houlden, aux pp. 41 et 42; *R. v. Cominco Ltd.—Cominco Ltée et al.*¹⁷

L'argument des appétentes qu'une entente tacite ne peut justifier une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 32(1)c implique que l'art. 32 introduit de quelque façon les principes du droit des obligations en droit criminel. Employé seul, le

¹⁵ [1954] S.C.R. 666.

¹⁶ [1961] O.R. 265.

¹⁷ [1980] 2 W.W.R. 693.

¹⁵ [1954] R.C.S. 666.

¹⁶ [1961] O.R. 265.

¹⁷ [1980] 2 W.W.R. 693.

nothing more perhaps would connote parties competent at law, the presence of an *animus contrahendi*, consideration flowing between the parties, and the rules of contract law as to form and perhaps even proof. Here, however, we have a section that refers to "conspires, combines or agrees or arranges". Each word adds meaning to the sentence. 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. 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. Rinfret J., as he then was, in *Paradis v. The King*¹⁸, said at p. 168 that:

[c]onspiracy, like all other crimes, may be established by inference from the conduct of the parties. No doubt the agreement between them is the gist of the offence, but only in very rare cases will it be possible to prove it by direct evidence. Ordinarily the evidence must proceed by steps. The actual agreement must be gathered from "several isolated doings", (Kenny—"Outlines of Criminal Law", p. 294) having possibly little or no value taken by themselves, but the bearing of which one upon the other must be interpreted; and their cumulative effect, properly estimated in the light of all surrounding circumstances, may raise a presumption of concerted purpose entitling the jury to find the existence of the unlawful agreement.

The trial judge here has expressly found a tacit agreement to limit market shares. There is ample evidence, in my view, for a jury properly charged to so find. The trial judge then went on to find that in the circumstances an agreement to lessen competition would be undue. Again this finding rests on evidence capable of supporting it. The law applicable in such circumstances is either that pronounced by Duff C.J. in *Container Materials, Ltd.*, *supra*, at p. 152, or by Cartwright J. as he then was in *Howard Smith Paper Mills, Ltd.*, *supra*, at p. 425; the finding having been so made

terme «entente» connoterait peut-être des parties capables en droit, l'existence d'un accord des volontés, l'échange de contreparties, et les règles de forme, et peut-être même de preuve, du droit des obligations. En l'espèce, cependant, la disposition comporte les termes «complot, se coalise, se concerte ou s'entend». Chaque mot ajoute au sens de la phrase. 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. 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. Dans l'arrêt *Paradis c. Le Roi*¹⁸, le juge Rinfret, alors juge puîné, a dit à la p. 168 que:

[TRADUCTION] L'on peut établir le complot, comme tout autre crime, en le déduisant du comportement des parties. Il ne fait aucun doute que l'entente intervenue entre elles constitue l'essence de l'infraction, mais il est très rare que l'on puisse l'établir par une preuve directe. La preuve doit habituellement procéder par étapes. L'entente elle-même doit être déduite de «plusieurs actes isolés» (Kenny—"Outlines of Criminal Law", p. 294) qui, en eux-mêmes, peuvent n'avoir que peu ou pas de valeur, mais dont l'influence réciproque doit être interprétée; et leur effet cumulatif, évalué correctement à la lumière de toutes les circonstances de l'affaire, peut faire présumer l'existence d'un but convenu qui permet au jury de conclure à l'existence de l'entente illégale.

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. Il y a une preuve suffisante, à mon avis, pour justifier un jury qui aurait reçu des directives appropriées de conclure dans ce sens. Le juge de première instance a ensuite conclu que, dans les circonstances, une entente pour diminuer la concurrence serait indue. Cette conclusion repose également sur une preuve suffisante. La règle de droit applicable en pareilles circonstances est soit celle énoncée par le juge en chef Duff dans l'arrêt *Container Materials*

¹⁸ [1934] S.C.R. 165.

¹⁸ [1934] R.C.S. 165.

and supported by evidence it matters not upon which basis in law it is founded.

In count 1 the Court responded to submissions on the defence of conscious parallelism falling short by axiom of a conscious agreement to enhance prices unduly. In count 2 the undue lessening of competition has been alleged to have been brought about by the consistent practice on the part of the accused of proportional market sharing. It might be in some commercial circumstances that the defence, or at least the consideration, of conscious parallelism would be a valid element in the legal position of an accused under s. 32. It should be borne in mind, however, that the tribunal here was not concerned with a market shared by a wide range of suppliers in which a pattern of 'conscious parallelism' arose. There were three principal suppliers serving ninety-eight per cent of the market for some years during the period of charge and thereafter serving ninety per cent of the market. For almost a quarter of a century they remained in almost arithmetically perfect formation. Different considerations might come into play in a shifting market region or area supplied by a large number of participants each disporting itself according to its own interpretation of the doctrine of economic survival of which conscious parallelism apparently forms a part. I do no more than observe that this defence does not appear to have been advanced under count 2 and certainly forms no part of the judgments below.

It has been said that the section describes a relationship founded on "the act of agreeing" (*R. v. Gage*¹⁹, *per* Perdue J.A. at p. 220). The "act of agreeing" is but another way of describing a meeting of the minds of the persons charged. How those minds meet or how the act of agreeing

Ltd. précité, à la p. 152, soit celle énoncée par le juge Cartwright, alors juge puîné, dans l'arrêt *Howard Smith Paper Mills, Ltd.*, précité, à la p. 425; vu l'existence de cette conclusion qui est justifiée par la preuve, son fondement juridique importe peu.

Quant au premier chef, la Cour a répondu aux arguments avancés sur le moyen de défense voulant que des décisions consciemment parallèles, par définition, ne constituent pas une entente visant sciemment à augmenter indûment les prix. On a allégué que la diminution indue de la concurrence est due à la pratique constante des accusées de se partager proportionnellement le marché. Il se peut que, dans certaines situations commerciales, le moyen de défense, ou au moins la considération, de décisions consciemment parallèles soit un élément valide de la défense d'une personne inculpée conformément à l'art. 32. Il faut cependant se rappeler qu'en l'espèce, le tribunal n'étudiait pas un marché partagé entre de nombreux fournisseurs où s'est développée une tendance à des «décisions consciemment parallèles». Pendant les années visées par l'acte d'accusation, trois principaux fournisseurs ont desservi d'abord quatre-vingt-dix-huit pour cent, puis quatre-vingt-dix pour cent du marché. Pendant près d'un quart de siècle, ils ont conservé une organisation mathématiquement quasi parfaite. Des considérations différentes peuvent entrer en ligne de compte dans une région ou une zone où le marché est fluide, et qui est desservie par de nombreux fournisseurs, chacun se comportant selon sa propre interprétation de la doctrine de survie économique dont font apparemment partie les décisions consciemment parallèles. Je fais seulement remarquer que l'on n'a pas fait valoir ce moyen de défense à l'égard du second chef, et il ne se retrouve certainement pas dans les décisions d'instance inférieure.

On a dit que cette disposition décrit une relation fondée sur «l'acte de s'entendre» (*R. v. Gage*¹⁹, le juge Perdue de la Cour d'appel à la p. 220). L'«acte de s'entendre» n'est qu'une façon différente de décrire l'accord des volontés des personnes accusées. La façon dont ces volontés s'accordent

¹⁹ (1908), 18 Man. R. 175.

¹⁹ (1908), 18 Man. R. 175.

occurs is not limited to the rules and practices of contract law. The four words describe 'agreement' in the broad sense accorded to that word in the language and not the narrow term of art from a specialized branch of the law. 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: see *R. v. Burrows et al.*²⁰, at p. 135; *Howard Smith Paper Mills, Ltd., supra*, at pp. 406-7. The tacit agreement axiomatically entails a restraint on competition and that restraint produced a lessening which the learned trial judge has found in all the circumstances of this case to be undue.

In my view, the wording of the section of the statute embraces the situation or relationship here described by the learned trial judge as a "tacit agreement".

I return to the reference above to the rule in *Hodge's* case. This rule has long been the subject of judicial discussion in this country even after its demise in its country of origin (see *McGreevy v. Director of Public Prosecutions*²¹). Spence J. in *R. v. Mitchell*²², said of this rule at p. 479:

The direction in *Hodge's* case did not add to or subtract from the requirement that proof of guilt in a criminal case must be beyond a reasonable doubt. It provided a formula to assist in applying the accepted standard of proof in relation to the first only of the two essential elements in a crime; i.e., the commission of the act as distinct from the intent which accompanied that act. The first element, assuming every circumstance could be established by evidence, would be capable of proof to a demonstration. The latter element, save perhaps out of the mouth of the accused himself, could never be so proved. The circumstances which establish the former

ou celle dont l'acte de s'entendre survient n'est pas limitée aux règles et aux pratiques du droit des obligations. Les quatre mots décrivent l'*«entente»* dans le sens le plus large qu'a ce terme dans la langue courante et non dans le sens technique d'une branche spécialisée du droit. 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: voir *R. v. Burrows et al.*²⁰, à la p. 135; *Howard Smith Paper Mills, Ltd.*, précité, aux pp. 406 et 407. 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.

A mon avis, le texte de l'article de la loi inclut la situation ou relation que le juge de première instance en l'espèce a décrite comme une *«entente tacite»*.

Je reviens à la mention qui a été faite plus tôt à la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*. Cette règle a longtemps fait l'objet de débats dans les tribunaux canadiens, même après qu'on l'eut abandonnée dans son pays d'origine (voir *McGreevy v. Director of Public Prosecutions*²¹.) Dans l'arrêt *R. c. Mitchell*²², le juge Spence a dit à son sujet à la p. 479:

[TRADUCTION] La directive donnée dans l'affaire *Hodge* n'ajoute ni ne retranche rien à la nécessité, en matière criminelle, de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Elle fournit une formule qui aide à appliquer la norme admise de preuve au premier seulement des deux éléments essentiels d'un acte criminel, c'est-à-dire la perpétration de l'acte par opposition à l'intention qui a accompagné l'acte. Le premier élément, à supposer que l'on pourrait faire la preuve de chaque circonstance, serait susceptible d'être prouvé démonstrativement. Le second élément, sauf si l'accusé lui-même en fait l'aveu, ne pourrait jamais être

²⁰ (1966), 54 C.P.R. 95.

²¹ [1973] 1 All E.R. 503.

²² [1964] S.C.R. 471.

²⁰ (1966), 54 C.P.R. 95.

²¹ [1973] 1 All E.R. 503.

²² [1964] R.C.S. 471.

not only can be, but must be consistent with each other, as otherwise a reasonable doubt on the issue arises.

This statement was applied in this Court in *John v. The Queen*²³ at p. 791; in *R. v. Bagshaw*²⁴ and *R. v. Paul*²⁵. Most recently the rule has been examined in this Court in *R. v. Cooper*²⁶ where Ritchie J., speaking for the majority, said at p. 879:

... it will be apparent that I consider [the factual issue] to turn on a pure question of "intention" to which the *Hodge's* rule does not apply, ...

At page 881, after referring to the *Mitchell* case and the others mentioned above, he added that Spence J.'s statement, *supra*,

must, I think, be taken to have been accepted as confirming the application of the *Hodge's* case formula in the manner there stated. This is not to say that, even where the issue is one of identification, the exact words used by Baron Alderson must necessarily be incorporated in a judge's charge. It is enough if it is made plain to the members of the jury that before basing a verdict of guilty on circumstantial evidence they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused is the only reasonable inference to be drawn from the proven facts. In this regard it will be seen that I agree with the Chief Justice in his rejection of the *Hodge* formula as an inexorable rule of law in Canada.

The Chief Justice, writing in dissent, stated with reference to the rule in *Hodge's* case with which, as we have seen, Ritchie J. agreed, at pp. 865-6:

The time has come to reject the formula in *Hodge's* case as an inexorable rule of law in Canada. Without being dogmatic against any use of the formula of the charge in *Hodge's* case I would leave the matter to the good sense of the trial judge (as was said in *McGreevy*), with the reminder that a charge in terms of the traditional formula of required proof beyond a reasonable doubt is the safest as well as the simplest way to bring a lay jury to the appreciation of the burden of proof resting on the Crown in a criminal case.

ainsi prouvé. Les circonstances qui établissent le premier élément non seulement peuvent, mais encore doivent être compatibles les unes avec les autres, puisque autrement il y a un doute raisonnable sur la question.

Cette Cour a appliqué cet énoncé dans les arrêts *John c. La Reine*²³, à la p. 791; *R. c. Bagshaw*²⁴ et *R. v. Paul*²⁵. Cette Cour a examiné cette règle plus récemment dans l'arrêt *R. c. Cooper*²⁶, où le juge Ritchie, au nom de la majorité, a dit à la p. 879:

... il est manifeste à mes yeux que [la question de fait] ne dépend que de «l'intention» à laquelle la règle de l'affaire *Hodge* ne s'applique pas, ...

A la p. 881, après avoir fait référence à l'arrêt *Mitchell* et aux autres arrêts cités précédemment, il a ajouté que la formulation énoncée par le juge Spence, précitée:

doit être considérée comme une restriction apportée à l'application de la règle formulée dans *Hodge*. Cela ne veut pas dire que la formule énoncée par le baron Alderson doit nécessairement être incorporée mot pour mot aux directives du juge lorsque la question litigieuse porte sur l'identification de l'accusé. Il suffit d'expliquer clairement aux jurés qu'avant de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve indirecte, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la culpabilité de l'accusé est la seule déduction logique qui puisse être tirée des faits prouvés. A cet égard, je partage l'avis du Juge en chef qui rejette la formule *Hodge* comme règle de droit inexorable au Canada.

Le Juge en chef, dissident, a dit, à propos de la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*, avec laquelle, comme on le voit, le juge Ritchie est d'accord, aux pp. 865 et 866:

Il est temps maintenant de rejeter la formule *Hodge* comme règle de droit inexorable au Canada. Sans être dogmatiquement contre la formule établie dans *Hodge*, je suis d'avis qu'il faut s'en remettre à cet égard à la sagesse du juge de première instance (comme le dit l'arrêt *McGreevy*), tout en lui rappelant que la directive traditionnelle sur la nécessité d'une preuve hors de tout doute raisonnable représente le moyen le plus sûr et le plus simple d'amener les membres du jury à bien comprendre le fardeau de la preuve qui incombe au ministère public dans une affaire criminelle.

²³ [1971] S.C.R. 781.

²⁴ [1972] S.C.R. 2.

²⁵ (1975), 27 C.C.C. (2d) 1.

²⁶ [1978] 1 S.C.R. 860.

²³ [1971] R.C.S. 781.

²⁴ [1972] R.C.S. 2.

²⁵ (1975), 27 C.C.C. (2d) 1.

²⁶ [1978] 1 R.C.S. 860.

Here the learned trial judge directed himself to the effect that proof of intent may be made by circumstantial evidence and accordingly the principle in *Hodge*'s case must be applied. This is contrary to the principle enunciated in *Mitchell and Cooper, supra*, and must, with respect, be said to be an error in law. The error is, of course, against the interest of the respondent and not the appellant and in the result does not affect the disposition I propose to make of this appeal.

I therefore would dismiss these appeals:

Appeals dismissed, ESTEY J. dissenting.

Solicitors for the appellant Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.: L. Yves Fortier and Pierre Hébert, Montreal.

Solicitors for the appellant Redpath Industries Limited: Colin K. Irving and Peter S. Martin, Montreal.

Solicitors for the appellants St. Lawrence Sugar Limited and S.L.S.R. Holdings Ltd.: Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montreal.

Solicitor for the respondent: Bruno C. Pateras, Montreal.

En l'espèce, le juge de première instance s'est donné pour principe que l'on peut établir la preuve de l'intention par une preuve indirecte et que par conséquent la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge* doit s'appliquer. Cela est contraire à ce qui a été décidé dans les arrêts *Mitchell* et *Cooper*, précités, et, avec égards, doit être qualifié d'erreur de droit. L'erreur favorise évidemment les appelantes et non l'intimé, et par conséquent n'influe pas sur l'issue que je propose de donner à ce pourvoi.

Je suis donc d'avis de rejeter ces pourvois.

Pourvois rejetés, le juge ESTEY étant dissident.

Procureurs de l'appelante Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.: L. Yves Fortier et Pierre Hébert, Montréal.

Procureurs de l'appelante Les Industries Redpath Ltée: Colin K. Irving et Peter S. Martin, Montréal.

Procureurs des appellants Sucre St-Laurent Ltée et S.L.S.R. Holdings Ltd.: Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montréal.

Procureur de l'intimé: Bruno C. Pateras, Montréal.