

T-3106-72

T-3106-72

Swiss Bank Corporation (Plaintiff)

v.

Air Canada, Swissair and Swiss Air Transport Co. Ltd. (Defendants)

Trial Division, Walsh J.—Montreal, October 6, 7 and 8; Ottawa, October 22, 1981.

Aeronautics — Claim for loss of cargo shipped — Defendant Air Canada admits liability but alleges it is limited to \$1,000 pursuant to the provisions of the Warsaw Convention as incorporated in the Carriage by Air Act — Plaintiff invokes Art. 25 of the Warsaw Convention, as amended, which excludes the limits of liability provided in Art. 22 of the Convention — Whether defendant Air Canada is able to limit its liability — Whether interest at the commercial rate from the date of loss to the date of judgment should be allowed — Carriage by Air Act, R.S.C. 1970, c. C-14, Schedule I, Arts. 22, 25 and Schedule III, Arts. XI, XIII — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 40 — Federal Court Rules 5, 406, 456, 1212 — Quebec Civil Code, art. 1054 — Quebec Code of Civil Procedure, art. 476.

This is a claim for the loss of a parcel of Canadian dollar bank notes totalling \$60,400 received by defendant Swissair from plaintiff for carriage by Swissair and Air Canada to Montreal, the consignee being The Royal Bank of Canada. The facts show that the parcel was picked up by a ramp supervisor in Montreal who allegedly delivered it to the employee in charge of the valuable cargo locker. They also show that documents pertaining to the shipment disappeared. Air Canada admits liability, but alleges it is limited to \$1,000, i.e. the limit of liability under the Warsaw Convention for International Carriage by Air adopted by and incorporated in the *Carriage by Air Act*. Plaintiff invokes Article 25 of the said Convention, as amended by The Hague Convention, which excludes the limits of liability specified in Article 22 of the Convention, where damage results from an act or omission of the carrier or his servants, done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result, provided that in the latter case, the servant was acting within the scope of his employment. The question is whether defendant Air Canada is able to limit its liability or whether this is excluded by Article 25 of the Warsaw Convention, as amended. Plaintiff also seeks interest at the commercial rate from the date of loss to the date of the judgment.

Held, plaintiff's action is maintained. As far as the direct responsibility of Air Canada is concerned, the Court cannot conclude the loss resulted from an act or omission "done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result". Although Air Canada's security procedures at the time for the protection of valuable cargo were far from perfect, it cannot be concluded from the evidence

Swiss Bank Corporation (Demanderesse)

c.

^a Air Canada, Swissair et Swiss Air Transport Co. Ltd. (Défenderesses)

Division de première instance, le juge Walsh—
Montréal, 6, 7 et 8 octobre; Ottawa, 22 octobre
^b 1981.

Aéronautique — Réclamation d'un colis expédié mais perdu — Reconnaissance par la défenderesse Air Canada de sa responsabilité mais prétendue limitation de celle-ci à \$1,000 en vertu de la Convention de Varsovie incorporée dans la Loi sur les transports aériens — Invocation par la demanderesse de l'art. 25 de la Convention de Varsovie, modifié, lequel exclut la limitation de responsabilité prévue à l'art. 22 de la Convention — Limitation ou non de la responsabilité de la défenderesse Air Canada — Intérêts, au taux commercial ou non, courant à compter du jour de la perte, jusqu'au jour du jugement — Loi sur les transports aériens, S.R.C. 1970, c. C-14, annexe I, art. 22, 25 et annexe III, art. XI et XIII — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 40 — Règles 5, 406, 456 et 1212 de la Cour fédérale — Code civil du Québec, art. 1054 — Code de procédure civile du Québec, art. 476.

Cette espèce est une demande d'indemnisation à la suite de la perte d'un colis contenant des billets de banque canadiens, totalisant \$60,400, remis par la demanderesse à la défenderesse Swissair pour être transporté par Swissair et Air Canada à destination de Montréal, le destinataire étant La Banque Royale du Canada. Il est établi que le colis fut remis à un responsable d'aire de trafic à Montréal, lequel l'aurait livré au responsable du casier des marchandises de valeur. Il est aussi établi que les documents relatifs au colis ont disparu. Air Canada reconnaît sa responsabilité mais soutient qu'elle est limitée à \$1,000, soit la limite de responsabilité selon la Convention de Varsovie pour le transport aérien international, Convention qu'incorpore et adopte la *Loi sur les transports aériens*. La demanderesse fait valoir l'article 25 de la Convention, modifié par la Convention de La Haye, laquelle exclut les limites de responsabilité prévues à l'article 22 de la Convention lorsque le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur ou de ses préposés fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit téméairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement, pour autant que, en ce dernier cas, le préposé ait agi dans l'exercice de ses fonctions. Il échet d'examiner si la défenderesse Air Canada peut limiter sa responsabilité ou si cela est exclu par l'article 25 de la Convention de Varsovie, modifié. La demanderesse conclut aussi à l'intérêt, au taux commercial, courant à compter du jour de la perte, jusqu'à celui du jugement.

Arrêt: l'action de la demanderesse est accueillie. Pour ce qui est de la responsabilité directe d'Air Canada, la Cour ne peut conclure que la perte a résulté d'un acte ou d'une omission de sa part «fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit téméairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement». Certes, les mesures de sécurité prises par Air Canada à l'époque pour assurer la protection des marchan-

that it was the deficiency in these procedures or the failure to comply with them literally in every respect which resulted in the loss. Air Canada's errors resulted in delays in determining that the package was missing and in commencing investigation to locate it. This was not the cause of the loss of the parcel. It was also an act of negligence to have a person under suspicion in charge of the valuable cargo locker, but at that time justification for suspecting him was not very great. With respect to the liability of the carrier's servants, the Court relies on the objective approach adopted by the French Cour de cassation in its interpretation of Article 25 of the Convention. If it were necessary to specifically identify the thief in the case of goods which it has been concluded have been stolen in transit by a servant or agent acting within the scope of his employment, in order to examine his intentions before concluding that in so doing he had stolen them with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result, the exclusion of limitation of liability would seldom have any application. From then on, it becomes specious to argue that when the theft has taken place as a result of participation by one or several persons unknown acting within the scope of their employment the intention to cause damage or knowledge that damage would probably result cannot be proved because it is impossible to determine whose intentions must be examined. Any thief or thieves must be aware that damage would probably result even though that was not their specific intent when they stole the package in question. To interpret Article 25 otherwise would have the effect of rendering it virtually meaningless. Furthermore, the presumed theft of the parcel by an employee or employees of Air Canada can be brought within the provisions of Article 25 as having occurred within the scope of their employment, the opportunity having occurred while they were working in the cargo shed handling cargo of which the valuable parcel would be part. There is no authority for allowing plaintiff's claim for interest before judgment on an equitable basis. It is the provisions of the Warsaw Convention as amended by The Hague Convention which must be applied here and not the provisions of federal or provincial law whether or not such interest would have been allowed under the laws of the Province of Quebec where the action was tried. The Court should not depart from the general practice and allow interest at the commercial rate rather than the legal rate following judgment.

Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada [1979] 2 F.C. 575, applied. *Lacroix Baartmans, Callens, Und, Van Tichelen S.A. v. Swiss Air* 1974 R.F.D.A. 75, agreed with. *C^e Air-France v. Moinot* 1976 R.F.D.A. 105, agreed with. *C^e Le Languedoc v. Société Hernu-Peron* 1976 R.F.D.A. 109, agreed with. *Rustenburg Platinum Mines Ltd. v. South African Airways* [1977] 1 Lloyd's Rep. 564; [1979] 1 Lloyd's Rep. 19 (C.A.), agreed with. *Tondriau v. Cie Air India* 1977 R.F.D.A. 193, considered. *Rashap v. American Airlines Inc.* 1955 US& Civ. AvR 593, considered. *The Governor and Company of Gentlemen Adventurers of England v. Vaillancourt* [1923] S.C.R. 414, considered. *Velan-Hattersley Valve Co. Ltd. v. Johnson* [1971] C.A. 190, considered. *Syndicat d'assurances*

dises de valeur étaient loin d'être parfaites; il ne peut cependant être conclu, d'après la preuve administrée, que c'est l'absence de ces mesures ou le défaut de les respecter à la lettre qui est responsable de la perte. Les erreurs d'Air Canada sont la cause du retard mis à découvrir l'absence du colis et à ouvrir une enquête pour le retrouver. Elles ne sont pas la cause de sa disparition. Il était aussi fautif d'employer un individu non au-dessus des soupçons comme responsable du casier des marchandises de valeur, mais à cette époque, on n'avait pas encore grand motif de le soupçonner. Au sujet de la responsabilité du transporteur pour le fait de ses préposés, la Cour a fait sienne l'interprétation objective, adoptée par la Cour de cassation française, de l'article 25 de la Convention. S'il s'avérait nécessaire d'identifier spécifiquement le voleur dans les cas où il a été conclu que les marchandises ont bien été volées en transit par un préposé ou quelque mandataire agissant dans l'exécution de ses fonctions, pour sonder ses intentions, avant de conclure que ce faisant, il les a volées avec l'intention de causer un dommage, ou téméairement et avec conscience qu'il en résultera probablement un dommage, l'exclusion de la limitation de responsabilité ne recevrait que fort rarement application. Il devient alors spécieux de soutenir, lorsque le vol a eu lieu par suite de la participation d'un ou de plusieurs individus inconnus, agissant dans l'exercice de leurs fonctions, que l'intention de causer un dommage ou la conscience qu'un dommage en résultera probablement ne peuvent être prouvées parce qu'il est impossible d'identifier ceux dont on doit examiner les intentions. Tout voleur, tous les voleurs, doivent savoir qu'un dommage résultera probablement de leur geste même si ce n'est pas là l'intention particulière qu'ils ont lorsqu'ils volent le colis en cause. Interpréter l'article 25 autrement aurait pour effet de lui enlever toute signification. En outre, le vol présumé du colis par un ou des employés d'Air Canada peut être considéré comme régi par les dispositions de l'article 25 parce qu'il s'est produit dans l'exercice de leurs fonctions, la possibilité de le faire étant apparue alors qu'ils travaillaient dans le hangar réservé aux marchandises, à manipuler des marchandises, dont le colis précieux en cause. Il n'existe aucun précédent autorisant à accorder au nom de l'équité la demande d'intérêt avant jugement de la demanderesse. Ce sont les dispositions de la Convention de Varsovie, modifiées par la Convention de La Haye, qui doivent être appliquées en l'espèce, non les dispositions du droit fédéral ou provincial, qu'un intérêt de ce genre ait ou non été accordé selon le droit de la province de Québec où l'action a été instruite. La Cour ne devrait pas s'écarter de sa pratique habituelle et accorder l'intérêt au taux commercial plutôt qu'au taux légal à compter du jugement.

Arrêt appliqué: *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada* [1979] 2 C.F. 575. Arrêts approuvés: *Lacroix Baartmans, Callens, Und, Van Tichelen S.A. c. Swiss Air* 1974 R.F.D.A. 75; *C^e Air-France c. Moinot* 1976 R.F.D.A. 105; *C^e Le Languedoc c. Société Hernu-Peron* 1976 R.F.D.A. 109; *Rustenburg Platinum Mines Ltd. c. South African Airways* [1977] 1 Lloyd's Rep. 564; [1979] 1 Lloyd's Rep. 19 (C.A.). Arrêts examinés: *Tondriau c. Cie Air India* 1977 R.F.D.A. 193; *Rashap c. American Airlines Inc.* 1955 US& Civ. AvR 593; *The Governor and Company of Gentlemen Adventurers of England c. Vaillancourt* [1923] R.C.S. 414; *Velan-Hattersley Valve Co. Ltd. c. Johnson* [1971] C.A. 190. Arrêt critiqué: *Syndicat d'assurances des Lloyds c. Sté Aérofret* 1969 R.F.D.A.

des Lloyds v. Sté Aérofret 1969 R.F.D.A. 397, disagreed with. *Curley v. Latreille* (1920) 60 S.C.R. 131, referred to.

ACTION.

COUNSEL:

V. Prager and *P. Cullen* for plaintiff.
Jean Clerk for defendant Air Canada.
Peter Richardson for defendants Swissair and Swiss Air Transport Co. Ltd.

SOLICITORS:

Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montreal, for plaintiff.
Boudreau, Giard, Gagnon & Clerk, Montreal, for defendant Air Canada.
Doheny, Mackenzie, Grivakes, Gervais & LeMoynes, Montreal, for defendants Swissair and Swiss Air Transport Co. Ltd.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

WALSH J.:

OUTLINE OF FACTS AND FINDINGS OF FACT

This is a claim for a loss, apparently by theft at Dorval Airport in Montreal of a parcel of Canadian dollar bank notes totalling \$60,400 received by defendant Swissair from plaintiff at Basle, Switzerland, for carriage by defendant Swissair from there via Zurich, Switzerland, to Montreal, the consignee being The Royal Bank of Canada. Swissair issued a valuable cargo air waybill No. 085-626-4641-5 providing for carriage by defendant Swissair from Basle to Zurich on Swissair Flight SR 749 on November 4, 1970, and from Zurich to Montreal on Swissair Flight SR 160 on November 5, 1970. The arrangements for the transport were made by MAT Transport Limited as agents for plaintiff in accordance with their usual practice. In due course it was found that Flight SR 160 from Zurich to Montreal was a chartered flight and not permitted to carry cargo so the agent arranged for the shipment on Air Canada Flight 879 on November 6, 1970. Plaintiff Swiss Bank Corporation was not advised of the change, but plaintiff does not suggest that using Air Canada in place of Swissair for the transatlantic flight was negligence.

397. Arrêt mentionné: *Curley c. Latreille* (1920) 60 R.C.S. 131.

ACTION.

a AVOCATS:

V. Prager et *P. Cullen* pour la demanderesse.
Jean Clerk pour la défenderesse Air Canada.
Peter Richardson pour les défenderesses Swissair et Swiss Air Transport Co. Ltd.

PROCUREURS:

Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal, pour la demanderesse.
Boudreau, Giard, Gagnon & Clerk, Montréal, pour la défenderesse Air Canada.
Doheny, Mackenzie, Grivakes, Gervais & LeMoynes, Montréal, pour les défenderesses Swissair et Swiss Air Transport Co. Ltd.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE WALSH:

e LES FAITS

Cette espèce est une demande d'indemnisation à la suite de la perte, apparemment par vol, à l'aéroport de Dorval, à Montréal, d'un colis contenant des billets de banque canadiens, totalisant \$60,400, reçus par la défenderesse Swissair de la demanderesse à Bâle, en Suisse, pour être transportés par ladite défenderesse Swissair de Bâle via Zurich à destination de Montréal, le destinataire étant La Banque Royale du Canada. Swissair a délivré la lettre de transport aérien pour marchandises de valeur portant le numéro 085-626-4641-5 et prévoyant le transport par la défenderesse Swissair, de Bâle à Zurich, sur le vol Swissair SR 749 du 4 novembre 1970, et de Zurich à Montréal, sur le vol Swissair SR 160 du 5 novembre 1970. C'est MAT Transport Limited qui a conclu les arrangements pour le transport à titre d'agents de la demanderesse conformément à leur pratique commune habituelle. Éventuellement, on constata que le vol SR 160 de Zurich à Montréal était un vol nolisé auquel il était interdit de transporter des marchandises, aussi l'agent arrangea-t-il une expédition par le vol d'Air Canada 879 du 6 novembre 1970. On n'avisait pas la demanderesse, Swiss Bank Corporation, du changement mais celle-ci ne prétend pas

The shipment was delivered by Swissair Security to Captain Proctor, the Captain of the Air Canada flight shortly before departure and he accepted it and signed the valuable cargo receipt No. 95042. He was not obliged to do so but accepted it voluntarily. Edward Johnson, an investigator for Air Canada at Dorval at the time and now Chief of Security for Air Canada testified that while attempts had been made to have the Canadian Air Line Pilots Association accept the responsibility for valuable cargo this had not been agreed to, but it was not unusual for the pilots to voluntarily accept small parcels of valuable cargo which they could take in the cockpit with them. In the present case Captain Proctor carried it under his seat, the parties agreeing that the parcel would have been approximately 12 inches square and perhaps 4 inches in depth.

In accordance with its practice Swissair did not declare the value for carriage which would have resulted in a substantial surcharge, as frequent shipments of money and securities are made by it and it carries its own insurance to cover any losses. It was explained that by declaring the value of a parcel this does not assure special handling or even that it is especially valuable cargo as it will be placed in the hold of the plane with other general cargo. Any passenger, for example, may place a value on a piece of his luggage which insures that in the event of loss his claim will not be limited to the amount in the Regulations. It is equivalent to a form of insurance. The fact that this was not done in the present case is irrelevant. As valuable cargo however the shipment was subject to the provisions of the *Air Cargo Tariff Worldwide* in effect at the time which required payment of a surcharge and this was done, the correct minimum charge being paid. The waybill, a Swissair form, indicates that it was valuable cargo with no value declared.

The Air Canada flight in question, after it stopped in Montreal, was continuing on to Toronto

que s'être adressée à Air Canada plutôt qu'à Swissair pour le vol transatlantique ait constitué une faute.

Le service de sécurité de Swissair a remis le colis au capitaine Proctor, le capitaine du vol d'Air Canada, peu avant le départ; celui-ci l'a accepté et a signé le reçu de marchandises de valeur numéro 95042. Rien ne l'y obligeait; il a accepté volontairement de s'y conformer. Edward Johnson, un enquêteur au service d'Air Canada à Dorval à l'époque, aujourd'hui chef du service de sécurité d'Air Canada, a déclaré dans son témoignage que, bien que des tentatives aient été faites pour que l'Association canadienne des pilotes de lignes aériennes accepte d'assumer la responsabilité des marchandises de valeur, on n'est jamais parvenu à un accord; il n'est pas inhabituel cependant pour les pilotes d'accepter volontairement de petits colis de valeur qu'ils prennent avec eux dans le cockpit. En l'espèce, le capitaine Proctor transporta le colis sous son siège, les parties admettant que celui-ci faisait environ 12 pouces carrés par approximativement 4 pouces de haut.

Conformément à sa pratique habituelle, Swissair n'a pas déclaré la valeur de ce transport, ce qui aurait exigé le paiement d'une surtaxe importante car elle fait de fréquentes expéditions d'argent et autres sûretés, ayant souscrit sa propre assurance au cas de pertes. On a expliqué qu'en déclarant la valeur d'un colis, on n'assure nullement par là une manutention spéciale ni même qu'il s'agit d'une marchandise d'une grande valeur puisque le colis est quand même placé dans la soute de l'avion avec la cargaison ordinaire. Tout passager, par exemple, peut faire une déclaration de valeur pour une partie de ses bagages, ce qui assure qu'en cas de perte sa réclamation ne sera pas limitée à la somme réglementaire. Cela équivaut à une forme d'assurance. Le fait que cela n'ait pas été fait en l'espèce n'a pas d'importance. Comme objet de valeur, toutefois, le colis tombait sous le régime de l'*Air Cargo Tariff Worldwide* en vigueur à l'époque, lequel exige le paiement d'une surtaxe, ce qui fut fait, le droit minimum applicable étant versé. La lettre de transport aérien, une formule Swissair, indique qu'il s'agissait d'une marchandise de valeur; aucune valeur n'est déclarée.

Le vol d'Air Canada en question, après escale à Montréal, se poursuivait vers Toronto; or, le capi-

and Captain Proctor was also given a similar parcel destined for Toronto, which was delivered in due course so is not in issue. The receipt of the package which Captain Proctor signed for was known as a valuable cargo receipt several copies of which accompanied the cargo. In approaching Montreal he radioed ahead to Air Canada's radio operator to have a responsible person come aboard to receive the shipment. This message was some 15 minutes before touch-down. On arrival he handed the parcels over to a ramp supervisor who will henceforth be designated as employee X, since although he was one of the persons under suspicion in connection with the loss of the parcel there was insufficient evidence to lay any charges against him. Employee X signed copies of the valuable cargo receipt forms for the parcels and fortunately Captain Proctor kept these in his personal possession, thereby being clear of any responsibility for the loss.

It should be mentioned that these parcels are also flagged for identification as being valuable cargo so that, even if they are put in the hold, they can be readily identified. While there was some discussion as to the desirability of so identifying such cargo so that any of the cargo handlers or anyone on the tarmac or in the cargo shed having knowledge of the system can readily see which parcels are of a special value, and also of the propriety of the Captain radioing ahead that he is carrying valuable cargo so that anyone having access to this communication and having criminal intent will be on the look-out for it, I do not consider either action to constitute negligence. As Mr. Johnson testified it is a lesser of two evils and prepares authorized receiving personnel at the Airport to be on the look-out for such cargo and take appropriate measures to quickly locate and protect it.

In accordance with practice Swissair security sent an urgent message to Air Canada Freight in Zurich and Dorval advising that the Captain had the shipments, giving the air waybill number and weight. Air Canada denies having received this. A witness, Jean Bergeron, supervisor of C.N.C.P. Telecommunications explained that this is what is known as a routing message which may have gone

taine Proctor avait aussi reçu un colis semblable à destination de Toronto; il le livra éventuellement; aussi n'est-il pas en cause. Le reçu que le capitaine Proctor signa est appelé un reçu de marchandises de valeur; plusieurs copies accompagnent la marchandise. Alors qu'il approchait de Montréal, il a prévenu par radio l'opérateur d'Air Canada de voir à ce qu'une personne responsable monte à bord pour prendre livraison de la marchandise. Ce message fut envoyé quelque 15 minutes avant l'atterrissage. A l'arrivée, il remit les colis au responsable d'aire de trafic, ci-après appelé X, puisqu'il n'a pas, bien que soupçonné d'être lié à la perte du colis, été poursuivi, faute de preuve. X signa des copies des formules de reçu de marchandises de valeur et, heureusement, le capitaine Proctor les conserva, ce qui l'exonère de toute responsabilité pour la perte du colis.

Il faut mentionner que ces colis étaient marqués comme étant de la marchandise de valeur de sorte que, même s'ils avaient été placés dans la soute, on aurait pu facilement les identifier. On a mis en cause cette pratique qui permet à n'importe quel manutentionnaire, et même à quiconque se trouve sur le tarmac ou dans le hangar des marchandises, et qui connaît le système, de réparer immédiatement les colis de valeur; on a aussi reproché au capitaine d'avoir communiqué à l'avance par radio qu'il transportait des colis de valeur, de sorte que tous ceux qui ont pu entendre cette communication, s'ils avaient quelque intention criminelle, ont été prévenus. Je ne considère pas que l'un ou l'autre de ces comportements soit fautif. Comme l'a dit dans son témoignage M. Johnson, c'était de deux maux le moindre; cela avertissait les préposés autorisés à la réception, à l'aéroport, d'être prêts à recevoir la marchandise et de prendre les mesures appropriées pour la retrouver rapidement et en assurer la protection.

Conformément à la pratique habituelle, le service de sécurité de Swissair envoya un message urgent au service Fret aérien d'Air Canada, à Zurich et à Dorval disant que le capitaine emportait des colis, donnant le numéro de la lettre de transport aérien et leur poids. Air Canada nie avoir reçu ce message. Un témoin, Jean Bergeron, cadre aux Télécommunications C.N.C.P. a expli-

via Zurich, Frankfurt, New York, Toronto to Montreal and it is possible that it did not arrive as a copy of the transmission of the message is not a proof of reception. In the absence of any indication of any break-down of Air Canada's receiving equipment for such a message however on the date in question, or of any difficulties in transmission en route, it appears to me that the better view is that it was received and mishandled, or mislaid along with other documentation to which reference will be made later. The witness Johnson testified that if the message had been received the ramp agent in Montreal would be given it in order to notify the off-load crew. In any event as a result of Captain Proctor's radio message on approach to Montreal it was made known that there was valuable cargo aboard the flight, although this resulted in considerably less notice being given to the cargo handlers than would have been the case had the earlier message been received and acted upon.

Swissair also prepared the manifest for the Montreal cargo and put it into the Air Canada Corporation pouch which travels with it on the plane. Air Canada prepared the Air Canada Valuable Cargo Register ZRH FF 4641 but the name of the loading person does not appear on it, nor does the cargo dispatch message refer to the shipment which was lost. This was explained as perhaps being due to the fact that the package in question was only delivered personally to Captain Proctor shortly before take-off. The Toronto parcel had originated in Zurich and may have been in Air Canada's possession earlier which accounts for it having been on the dispatch. Mr. Johnson testified that the missing parcel would not have been on the cargo dispatch message in any event as it was not put in the hold.

The ramp supervisor X on receipt of the parcel from Captain Proctor did not verify it with the air waybill or valuable cargo register both of which would have been in the pouch of documents. This was contrary to Air Canada Regulation 170.18-4. Mr. Johnson testified that this was not necessary as the parcels were handed to him directly by the Captain and were not in the hold.

qué qu'il s'agissait de ce qu'on désignait comme un message de routine qui peut avoir passé par Zurich, Francfort, New York et Toronto avant d'arriver à Montréal; il était possible qu'il ne soit jamais parvenu à destination, la copie de la transmission du message ne faisant pas preuve de sa réception. Toutefois, en l'absence de toute indication de panne du matériel d'Air Canada, qui aurait dû recevoir le message, à cette date, ou de quelque difficulté de transmission en cours de route, il me paraît plus vraisemblable qu'il a été reçu et égaré ou qu'il a disparu comme les autres documents dont il sera question plus loin. Le témoin Johnson a affirmé que si le message avait été reçu, l'agent d'aire de trafic à Montréal l'aurait obtenu pour notifier le personnel de déchargement. De toute façon, le message radio du capitaine Proctor, alors qu'il approchait de Montréal, a fait connaître qu'il y avait à bord de ce vol de la marchandise de valeur quoique ce soit-là une publicité moins susceptible de parvenir jusqu'aux manutentionnaires de la marchandise que si le premier message avait été reçu et qu'on ait agi en conséquence.

Swissair prépara aussi le manifeste pour la cargaison à destination de Montréal et le plaça dans le sac de la société Air Canada à bord de l'avion. Air Canada prépara le registre des marchandises de valeur Air Canada ZRH FF 4641 mais le nom du chargeur n'y apparaît pas et le message d'acheminement de fret ne mentionne pas non plus le colis perdu. On a expliqué cela comme étant sans doute dû au fait que le colis en question a été remis personnellement au capitaine Proctor peu avant le décollage. Le colis de Toronto provenait de Zurich et peut s'être trouvé en la possession d'Air Canada antérieurement, ce qui expliquerait qu'il apparaît sur le message. D'après M. Johnson, le colis manquant n'aurait pas été inscrit sur le message d'acheminement du fret de toute façon car il n'a pas été placé dans la soute.

Le responsable d'aire de trafic X, lorsqu'il a reçu le colis du capitaine Proctor, n'a pas vérifié la lettre de transport aérien ni le registre des marchandises de valeur qui tous deux devaient se trouver dans le sac aux documents, ce qui était contraire au Règlement d'Air Canada 170.18-4. Selon M. Johnson, cela n'était pas nécessaire puisque les colis lui ont été remis directement par le capitaine et ne se trouvaient pas dans la soute.

While Regulations require that when valuable shipments are to be transferred from one location to another at an airport one responsible employee in addition to the operator of the motor vehicle or tractor train will be assigned to maintain surveillance over the valuable cargo during the transfer, the ramp supervisor X handled the parcels alone, transporting them in the station wagon with which he is provided for use in supervising the loading and unloading of planes, transfer of crews and so forth. The witness Johnson explained that the purpose of the Regulation is that if the valuable cargo is being transported in an ordinary cargo transport vehicle pulled by a tractor along with other cargo it could bounce out or be taken off en route, which is the reason for having an agent keep it under personal observation during transport, but that was unnecessary as the ramp supervisor X was taking the two small packages himself in his own vehicle, since the purpose of involving two employees in the transport is not so that one will be able to keep watch over the other. The said ramp supervisor appears to have been extremely casual however in his handling of the two valuable packages, leaving the one which was to be returned on board the plane for carriage to Toronto lying on the seat of his station wagon while he went off to deliver the other. Since the Toronto package was not lost but was returned by him to Captain Proctor and eventually delivered in Toronto this has no bearing on the loss of the Montreal package.

Air Canada was aware of the shipment of this parcel since Exhibit P-31 is an unsigned valuable cargo register covering the shipment from Zurich to Montreal. This form bears the words "Immediate teletype must be sent to origin station advising arrival of goods". No such teletype was ever sent and this document along with the Montreal copy of the waybill, the cargo manifest and the valuable cargo notice which were supposed to be in the pouch disappeared and could never be located in Montreal. Oddly enough according to the witness Johnson the only documents missing from the pouch were those relating to this cargo plus the manifest which covered all the cargo on the plane. These documents go to an entirely different area of the Airport from where the cargo is stored and had they not been missing the loss of the valuable

Les Règlements requièrent, lorsqu'il faut transporter des colis de valeur d'un lieu à un autre dans un aéroport, outre la présence du conducteur du véhicule automobile ou des remorques porte-bagages, la présence d'un autre employé responsable pour les surveiller au cours du transfert; le responsable d'aire de trafic X s'est chargé seul des colis, les transportant dans sa familiale, laquelle lui est fournie pour surveiller le chargement et le déchargement des avions, le transfert des équipages, etc. Le témoin Johnson a expliqué que l'objet du Règlement est de voir à ce qu'il y ait, lorsque les objets précieux sont transportés dans les véhicules habituellement affectés au transport des marchandises, remorqués par un tracteur, avec les autres bagages, comme ils peuvent en tomber ou être subrepticement soutirés au cours du parcours, un responsable qui les ait toujours sous les yeux tant que dure le transport; cela ne fut cependant pas nécessaire puisque X emporta les deux petits colis avec lui à bord de son propre véhicule; en désignant deux employés responsables du transport, on n'avait pas pour but que l'un surveille l'autre. Ce responsable d'aire de trafic ne semble toutefois pas avoir fait preuve de diligence à l'égard de ces deux colis de valeur puisqu'il laissa celui qui devait être replacé à bord de l'avion pour être transporté à Toronto sur le siège de sa familiale pendant qu'il allait livrer l'autre. Le colis de Toronto n'a pas été perdu; il l'a remis au capitaine Proctor et il a éventuellement été livré à Toronto. Aussi ce comportement n'a aucun rapport avec la disparition du colis de Montréal.

Air Canada a eu connaissance de l'expédition de ce colis puisque la pièce P-31 est un registre des marchandises de valeur non signé pour une expédition de Zurich à Montréal. Sur cette formule apparaît la phrase suivante: [TRADUCTION] «L'arrivée des colis doit immédiatement être notifiée par télécriteur à la station expéditrice.» Aucun message télécriteur de ce genre n'a jamais été envoyé et cette pièce, de même que la copie montrealaise de la lettre de transport aérien, le manifeste de la cargaison et la notification de marchandises de valeur, qui devaient se trouver dans le sac aux documents, ont disparu et n'ont jamais pu être retrouvés à Montréal. Ce qu'il y a d'étrange, c'est que, d'après le témoin Johnson, les seuls documents qui ont disparu sont ceux relatifs à cette marchandise, outre le manifeste qui couvre l'en-

shipment would have been ascertained at a much earlier date and investigation started sooner. As it was the investigation department first became aware of the loss on December 5, nearly a month after the shipment when a secretary from Hayes, Stuart called on behalf of the consignees reporting that the shipment was missing and that she had spoken to the cargo people at Air Canada a day or two before. Mr. Johnson then ordered a warehouse inventory to be taken both in Dorval and Toronto, no documentation being available to determine where the package was lost although the customs manifest, air waybill of lading, valuable cargo receipt and entries in the valuable cargo register should have been available at Dorval. This caused considerable concern because of the inference that someone had deliberately interfered with the documentation since, if the documents were available without the cargo an investigation would immediately have been triggered, whereas in the converse case where an item of cargo can be found without documentation it poses no great problem as a sub-waybill can be issued. If there had been a manifest this could have been matched up with the cargo which is normally done the same day. Documentation had to be obtained in Switzerland and it was only after interviewing Captain Proctor to ascertain to whom he had delivered the cargo that the ramp supervisor X was interviewed. Regulations call for a specially designated cargo agent to take delivery of the valuable cargo and ramp supervisor X was not such an agent but the witness Johnson insisted that this was even better as he occupied a senior position, considered part of management. Nevertheless he was in charge of loading or unloading four or five planes at the time and was not sent out from the cargo sheds specifically to take delivery of this parcel and deliver it to the security locker.

When first interviewed, which was of course a month after the event, said employee X could not remember the shipment at all until a few days later when his memory was refreshed. On the

semble de la cargaison de l'avion. Ces documents sont dirigés vers un secteur de l'aéroport totalement différent de celui où la marchandise est entreposée et, s'ils n'avaient pas disparu, la perte du colis précieux aurait été découverte beaucoup plus tôt et l'enquête ouverte de même. En fait, le département d'enquête apprit la perte pour la première fois le 5 décembre, presque un mois après l'expédition, lorsqu'une secrétaire de chez Hayes, Stuart téléphona, au nom des destinataires, pour signaler que le colis manquait; elle avait eu une conversation à ce sujet avec les responsables de la cargaison à Air Canada un ou deux jours auparavant. M. Johnson ordonna alors de procéder à un inventaire des entrepôts tant à Dorval qu'à Toronto puisque aucun document ne permettait de savoir si le colis avait été perdu bien que le manifeste des douanes, la lettre de transport aérien, le reçu de marchandises de valeur et les inscriptions au registre des marchandises de valeur auraient dû se trouver à Dorval. Cela inquiéta beaucoup car on en déduisit que quelqu'un avait délibérément manipulé les documents puisque si ceux-ci avaient existé sans la cargaison, cela aurait immédiatement provoqué une enquête alors que dans le cas contraire, la présence de quelque marchandise sans les documents ne pose aucun problème insurmontable puisqu'il peut y avoir délivrance d'une sous-lettre de transport aérien. S'il y avait eu un manifeste, on y aurait pointé les marchandises, ce qui est fait normalement le même jour. Il fallut obtenir les documents de Suisse et ce n'est qu'après avoir interrogé le capitaine Proctor pour savoir à qui il avait remis les colis que le responsable d'aire de trafic X a été interrogé. Les Règlements demandent qu'un préposé spécialement désigné prenne livraison des objets précieux; X n'en était pas un mais le témoin Johnson a insisté pour dire que cela valait tout aussi bien puisqu'il occupait un poste supérieur, considéré comme faisant partie de la direction. Néanmoins, il était responsable du chargement et du déchargement de quatre ou cinq avions à ce moment-là; ce n'était pas dans le but spécifique de prendre livraison du colis et de le placer dans le casier de sécurité qu'il était venu des hangars des marchandises.

Lorsqu'il a été interrogé pour la première fois, un mois après les événements naturellement, ledit employé X n'a pu se rappeler le colis que quelques jours plus tard, lorsqu'on lui a rafraîchi la

plane in question certain pallets of cargo destined for Toronto had by error been loaded outside those destined for Montreal which would have necessitated unloading the Toronto pallets to get at those destined for Montreal and then loading the Toronto pallets on again. As a result of this said ramp supervisor X went into the cargo shed to inquire whether it would not be preferable to leave the Montreal pallets on the plane when it continued on to Toronto and then have them returned to Montreal to avoid double handling. He then recalled that when he was passing through the cargo terminal to see about this he continued on to the valuable cargo locker with the Montreal parcel delivering it to the employee in charge of the locker on the day in question, whom I will identify as employee Y. He believed he obtained a receipt which should then have gone to the ramp cargo office. This receipt would have been kept there for a month, but if it in fact existed it had been lost or thrown away after a month, at which time the investigation had not yet started. He could not recall the name of the party to whom he allegedly gave the parcel.

In any event no notation as to this cargo was entered in the valuable cargo register which should have been filled in both when such cargo was entered into and delivered out of the valuable cargo locker.

The Air Canada employee in charge of the valuable cargo locker and the valuable cargo register at the relevant time, employee Y, had been under some suspicion both by Air Canada security personnel and the Dorval police in connection with previous losses at Dorval Airport. Subsequently some six years later he was convicted together with some other employees in connection with the importation of drugs and theft of Olympic coins. This conviction, many years later, can have no bearing on the negligence of Air Canada at the time in question. However as Mr. Johnson, corroborated by a witness who occupied a senior position with the Dorval Police Department at the time, testified this employee Y's name appeared on a list of names of persons working in the cargo area on the occasion of two or three previous disappearances of valuable cargo from the shed which gave some reason for suspecting him of being involved with these thefts. Witness Johnson

mémoire. Sur l'avion en question certaines palettes de cargaison destinées à être livrées à Toronto avaient par erreur été chargées devant celles destinées à Montréal, ce qui obligeait à les décharger pour atteindre celles de Montréal puis à les recharger à nouveau. Il en est résulté que ledit X s'est rendu au hangar des marchandises pour savoir s'il ne serait pas préférable de laisser les palettes de Montréal à bord de l'avion se rendant à Toronto puis revenir à Montréal pour éviter un double déchargement. Il s'est alors souvenu que lorsqu'il avait franchi le secteur des arrivées de la cargaison, il s'était rendu jusqu'au casier des marchandises de valeur avec le colis de Montréal pour le remettre à l'employé responsable du casier ce jour-là, que j'appellerai l'employé Y. Il croit avoir obtenu un reçu qui aurait alors dû être acheminé au bureau des marchandises de l'aire de trafic. Le reçu y aurait été conservé pour un mois mais, s'il a jamais existé, aurait été perdu ou jeté le mois écoulé, avant même que l'enquête ne soit commencée. Il n'a pu se rappeler le nom du préposé auquel il aurait prétendument remis le colis.

En tout état de cause, aucune inscription relative à ce colis n'a été faite au registre des marchandises de valeur, comme cela aurait dû être le cas, tant lorsque le colis fut déposé que lorsqu'il fut retiré du casier des marchandises de valeur.

L'employé d'Air Canada responsable du casier des marchandises de valeur et du registre des marchandises de valeur aux époques en cause, l'employé Y, avait déjà fait l'objet de certains soupçons de la part du personnel de sécurité d'Air Canada et de la police de Dorval au sujet de marchandises égarées à l'aéroport de Dorval antérieurement. Par après, quelque six ans plus tard, il a été reconnu coupable, de même que certains autres employés, dans une affaire d'importation de stupéfiants et de vol de pièces de monnaie olympique. Cette condamnation, plusieurs années plus tard, ne saurait avoir aucune portée sur la négligence d'Air Canada à l'époque. Toutefois, comme l'a déclaré M. Johnson, corroboré en cela par un témoin qui occupait un poste supérieur dans la police de Dorval à l'époque, le nom de cet employé Y apparaissait sur la liste des noms des personnes travaillant dans le secteur des marchandises lors de deux ou trois disparitions antérieures de marchan-

testified that when an employee is first hired to work in the cargo sheds of Air Canada a security check takes place but there are no follow-up security checks nor any further checks each time he is promoted so that agent X having risen to be a ramp supervisor would not have undergone any further security check since the time he was first employed and the same would apply to employee Y. It appears odd however that an employee who was under some suspicion, however slight, at the time would be given the responsible job of being in charge of the security locker where valuable cargo is kept. Mr. Johnson testified that in the late 1960's and early 1970's the Dorval Airport was receiving special attention of the Air Canada security investigators together with a half dozen other stations. The worst problems were at Dorval, Toronto and Vancouver. The company security Regulations are constantly being updated when conditions warrant it. The Air Canada investigators however, unlike the railroad investigators, were not sworn in as peace officers. The Airport at Dorval was patrolled by the Royal Canadian Mounted Police, but on some occasions private security guards were hired who would ride to the plane with an Air Canada driver to deliver or receive especially valuable cargo. The consignor or consignee would be billed for this special service which would have to be arranged in advance.

Air Canada at Dorval did not telex Air Canada at Zurich to confirm receipt of the shipment as the valuable cargo handling Regulations and provisions of the valuable cargo register require within twelve hours. Most probably this was due to the disappearance of the covering papers although it cannot be said that Air Canada did not know that the shipment had arrived. Moreover Air Canada in Zurich did not communicate with Air Canada at Dorval within twelve hours asking for confirmation of the safe receipt of the shipment which is also a requirement of the valuable cargo handling Regulations. These follow-up steps are required by the Regulations in order to enable the disappearance of an item of valuable cargo to be determined and the search for it and investigation commenced as soon as possible and the disappearance of it, result-

disées précieuses du hangar, ce qui donnait quelque motif de le soupçonner. D'après le témoin Johnson, lorsqu'un employé est engagé pour la première fois pour travailler dans les hangars des marchandises d'Air Canada, une enquête de sécurité a lieu mais il n'y a, par la suite, aucun contrôle ultérieur, même en cas de promotion, de sorte que l'agent X, devenu responsable d'aire de trafic, n'a subi aucun contrôle de sécurité depuis l'époque où il fut engagé pour la première fois; ce serait aussi le cas de l'employé Y. Il est curieux cependant qu'un employé soupçonné à l'époque, si peu fondés qu'aient été les soupçons, se soit vu confier la responsabilité importante du casier de sécurité où sont gardées les marchandises de valeur. M. Johnson a dit que vers la fin des années 60, et au début des années 70, l'aéroport de Dorval faisait l'objet d'une attention spéciale de la part du service de sécurité d'Air Canada ainsi qu'une demi-douzaine d'autres aéroports. Le problème devenait aigu à Dorval, à Toronto et à Vancouver. Les Règlements de sécurité de la compagnie sont constamment mis à jour lorsque les conditions le justifient. Les inspecteurs d'Air Canada toutefois, contrairement aux inspecteurs de chemins de fer, ne prêtent pas serment comme agents de la paix. La Gendarmerie royale du Canada surveille l'aéroport de Dorval mais il arrive que des gardes de sécurité privés soient engagés pour accompagner un conducteur d'Air Canada à l'avion pour livrer ou recevoir quelque objet particulièrement précieux. L'expéditeur ou le destinataire est alors facturé pour ce service spécial qui doit être organisé à l'avance.

Air Canada à Dorval n'a envoyé aucun télex à Air Canada à Zurich pour confirmer réception de l'expédition dans les douze heures comme les Règlements de traitement du fret précieux et les dispositions du registre des marchandises de valeur l'exigent. Fort probablement cela est dû à la disparition des papiers la concernant; il ne peut cependant être soutenu qu'Air Canada ne savait pas que la marchandise avait été reçue. D'ailleurs, Air Canada à Zurich n'a pas communiqué avec Air Canada à Dorval dans les douze heures pour demander confirmation de la bonne réception de l'expédition, ce que les Règlements de traitement du fret précieux requièrent aussi. Les Règlements requièrent ces contrôles afin que l'on puisse s'apercevoir de la disparition d'une marchandise précieuse, organiser la recherche et ouvrir une

ing in a delay of nearly a month before Air Canada was even aware that the parcel was missing was undoubtedly prejudicial to any hope of its recovery. However I cannot conclude that the failure to take these steps contributed to its disappearance. The evidence leads to an overwhelming presumption that the parcel was not simply lost but was stolen by an employee, or more likely a group of employees of Air Canada acting in concert who, being familiar with the procedure for handling and subsequently verifying the safe handling of such cargo are also in a position to take steps to remove, from another area of the Airport the documentation relating to it which would enable the theft to be quickly ascertained. It is unlikely that this parcel however because of its nature would ever have been recovered even if the investigation had started the next day. The parcel was of a size and weight that could easily be carried under one arm with an overcoat thrown over it, for example, to conceal it. While the time-clock which workers punch on leaving work is adjacent to the supervisor's office and the departing employees have to walk by it in full view of one or more persons in the office, they are not searched; moreover it is unlikely that the union would permit it. Furthermore it would be easy to place such a small parcel in any vehicle leaving the premises at any time, the driver of which might be part of the conspiracy to steal. It could easily be thrown over the perimeter fence or easily removed from the Airport in any number of other ways. The contents, being unmarked bills in assorted denominations, with no record of the numbers of them would soon disappear.

The passage of time before the theft was discovered and the disappearance of some of the important documentation made it impossible to attribute the theft to any given individual or individuals. The ramp supervisor X, a well-respected employee who was not under any suspicion at the time, could not unfortunately produce the receipt from the employee to whom he allegedly handed the parcel, which would have cleared him. Undoubtedly if the investigation had started immediately after the theft he could not have claimed, as he did at first, that he had forgotten

enquête dès que possible; sa disparition, qui retarda presque d'un mois le moment où Air Canada se rendit seulement compte que le colis manquait, a, nul doute, anéanti tout espoir de le retrouver. Je ne puis toutefois conclure que le fait de n'avoir pas suivi cette procédure a contribué à sa disparition. La preuve administrée amène obligatoirement à présumer que le colis n'a pas été simplement égaré mais a été volé par un employé, b ou plus vraisemblablement par un groupe d'employés d'Air Canada agissant de concert et familiers avec la procédure de traitement de ces marchandises et celle subséquente de vérification de ce traitement et aussi à même d'enlever, d'un autre c secteur de l'aéroport, les documents y relatifs, qui auraient permis de se rendre compte rapidement du vol. Il est peu probable que ce colis toutefois, vu sa nature, ait pu être retrouvé même si l'enquête avait commencé le jour suivant. Le colis était d'un d format et d'un poids permettant facilement de le porter sous le bras en jetant par-dessus, par exemple, un manteau pour le cacher. L'horloge où doivent pointer les ouvriers avant de quitter le travail est à côté du bureau du responsable et les e employés qui s'en vont doivent passer sous le regard de la ou des personnes se trouvant dans le bureau; ils ne sont pas fouillés cependant; il est d'ailleurs fort improbable que le syndicat permette une telle pratique. Enfin, il aurait été facile de f placer un aussi petit paquet dans un véhicule quelconque quittant les lieux à un moment ou à un autre, le conducteur pouvant être partie au complot. Il pouvait facilement être lancé au-dessus de la clôture du périmètre de sécurité ou quitter g l'aéroport d'une autre façon. Le contenu, des billets de différentes coupures, non marqués, les numéros n'ayant pas été notés, se sera rapidement évanoui.

h L'écoulement du temps avant la découverte du vol et la disparition de certains documents importants font qu'il est impossible d'attribuer le vol à un ou des individus déterminés. Le responsable i d'aire de trafic X, un employé respecté que personne ne soupçonnait à l'époque, n'a pu malheureusement produire le reçu de l'employé à qui il aurait remis le colis, ce qui l'aurait innocenté. Nul doute que si l'enquête avait été ouverte immédiatement après le vol, il n'aurait pu prétendre, comme j il l'a fait au début, qu'il avait oublié ce qu'il avait fait du colis ni qu'il avait effectivement obtenu un

what he had done with the parcel or that he had in fact received the receipt for it but that it had been destroyed after 30 days in the ramp supervisor's office. Certainly he was the last person known to have had the package in his possession and it is difficult to understand how even 30 days later he would at first have had no recollection of what had been done with it until his memory was subsequently refreshed. When eventually Johnson called in the Dorval police on December 11 he did not even then designate the loss as a theft so it was entered in the police records as an incident. Captain Detective Boyer testified that the airline usually waits 30 days before making a complaint of theft in any event. Far more parcels are merely misplaced, misdirected, sent to a wrong destination or otherwise temporarily lost than are ever stolen, of course, so that it is not unreasonable to allow some time to elapse before the disappearance is considered as a theft. Captain Detective Boyer suggested that a lie detector test be given to the ramp supervisor X since he was the last person known to have handled the parcel. Unfortunately soon after the incident in question, and whether the incident attributed to it or not is not known, said ramp supervisor X had a nervous breakdown. One of his ramp employees had been injured and he was driving him to the First Aid Station when in his excitement he inadvertently backed up his car and ran over another employee. It was then that he had his breakdown. On medical advice the company refused to have him given the lie detector test, which was understandable under the circumstances. However Mr. Johnson stated very emphatically that when a lie detector was suggested he refused absolutely to allow it to take place on company property and time. In view of X's mental condition his position would appear to be justifiable, but if it were not for this it would be entirely unacceptable as one would expect complete cooperation between the airline investigators and the local police in an attempt to prove the theft. The various employees working in the shed at the time were interviewed, especially those who were under some suspicion as a result of having been present on the occasion of previous thefts. Employee Y was in charge of the security locker on the day in question. His statement had been declared to be a privileged document by judgment rendered at an early stage in the proceedings on a motion for production of documents. Employee Y,

reçu mais qu'il avait été détruit quelque 30 jours plus tard au bureau du responsable d'aire de trafic. Certainement, il est la dernière personne connue à avoir eu le colis en sa possession et il est difficile de comprendre comment, même 30 jours plus tard, il ne se soit pas tout de suite souvenu de ce qu'il en avait fait tant qu'on ne lui eût pas rafraîchi la mémoire. Même lorsque finalement Johnson appela la police de Dorval, le 11 décembre, il ne parlait pas encore de vol, aussi la police qualifia dans ses dossiers la chose d'incident. D'après le témoignage du capitaine détective Boyer, le transporteur aérien attend habituellement 30 jours avant de déposer une plainte pour vol, de toute façon. Naturellement, beaucoup de colis sont simplement mal placés, égarés, envoyés à la mauvaise destination ou temporairement perdus plutôt que volés, de sorte qu'il n'est pas déraisonnable de laisser un peu de temps s'écouler avant de considérer une disparition comme un vol. Le capitaine détective Boyer suggéra de soumettre X au détecteur de mensonge puisqu'il était la dernière personne connue à avoir eu le colis en main. Malheureusement, peu après l'incident en cause, et bien que l'on ne sache pas si l'incident en question en est ou non la cause, ledit X a fait une dépression nerveuse. L'un des employés de son aire de trafic avait été blessé et il le conduisait au service d'urgence lorsque dans son énervement il fit marche arrière avec sa voiture involontairement, renversant un autre employé. C'est alors qu'il a fait sa dépression nerveuse. Suivant le conseil des médecins, la compagnie refusa de le soumettre au détecteur de mensonge, ce qui était compréhensible dans les circonstances. Toutefois, M. Johnson a insisté pour dire que, lorsqu'on a parlé du détecteur de mensonge, il a refusé absolument que le test ait lieu au cours des heures de travail sur les lieux de la compagnie. Vu la condition mentale de X, cette position paraît justifiée mais, n'était cela, elle serait entièrement inacceptable car l'on doit attendre la plus complète coopération entre les inspecteurs du transporteur aérien et la police locale lorsqu'on cherche à prouver un vol. Les divers employés qui travaillaient dans le hangar à l'époque furent interrogés, particulièrement ceux que l'on soupçonnait parce qu'ils avaient été présents lors de vols antérieurs. L'employé Y était responsable du casier de sécurité ce jour-là. On a jugé sa déposition protégée par le secret professionnel en un état antérieur de l'instance, sur une

since his release from prison following his conviction for the 1976 theft could not be located by plaintiff in order to subpoena him to testify. Ramp supervisor X was subpoenaed but not called by plaintiff as its counsel was under the impression that he was going to be called by defendant Air Canada. He was not called however. This is not a criminal proceeding nor has any charge ever been laid against him. The Court can draw conclusions from his failure to testify. Although there was no evidence as to his present state of health it may well be that defendant Air Canada did not choose to submit him to the rigours of cross-examination. It is most probable however that had he been called he would merely have repeated the information given to investigator Johnson, which defendant Air Canada did not object to as being hearsay, to the effect that he had delivered the parcel to the person responsible for putting it in the security locker and had obtained a receipt, which he gave to the ramp supervisor's office where it was subsequently destroyed after 30 days. One thing is clear—the parcel was never checked into or out of the security locker and as employee Y who was already under some suspicion would have been responsible for this, it is highly likely that had he testified he would merely have denied any knowledge of the parcel or of having received it from ramp supervisor X and given a receipt for it. It would be pure speculation to conclude that he stole it, however. He could have been equally careless in his handling of it as employee X was in connection with the Toronto package, and merely put it down somewhere, intending to enter it on the register and put it in the locker later. Any employee or anyone with access to the shed could then have taken it and employee Y would attempt to cover his negligence by denying ever having received it. He could have put it in the locker without entering it as required and taken it out at his leisure. Counsel for defendant Air Canada suggested that anyone having access to the sheds, such as employees of other airlines or even strangers who might be in the Airport, although they had no right to be, could have taken it but this is an unlikely possibility in view of the evidence of previous and subsequent thefts of cargo by Air Canada employees from the cargo sheds at Dorval Airport, and the unexplained disappearance of covering documents.

demande de communication de pièces. La demanderesse n'a pu localiser l'employé Y après qu'il eut été relaxé, après sa condamnation pour le vol de 1976, pour le citer à témoigner. Le responsable d'aire de trafic X fut cité à comparaître mais la demanderesse ne l'appela pas à la barre car son avocat croyait que la défenderesse Air Canada s'en chargerait. Il n'a pas été appelé cependant. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une instance au criminel et aucune accusation n'a d'ailleurs été retenue contre lui. La Cour peut tirer certaines conclusions de son défaut de témoigner. Il n'existe aucune preuve quant à son état de santé présent mais il se peut bien que la défenderesse Air Canada ait choisi de ne pas le soumettre aux rigueurs d'un contre-interrogatoire. Il est plus probable, cependant, qu'appelé à la barre, il se serait borné à réitérer les renseignements donnés à l'inspecteur Johnson (la défenderesse Air Canada n'a pas excipé de ce ouï-dire) qu'il a livré le colis au responsable du casier de sécurité pour qu'il y soit placé et en a obtenu un reçu qu'il a donné au bureau du responsable d'aire de trafic où il a subséquemment été détruit après 30 jours. Une chose est claire: il n'y a aucune inscription comme quoi le colis aurait été déposé dans le casier de sécurité ou en aurait été retiré et comme c'est l'employé Y déjà soupçonné qui aurait été responsable de cela, il est hautement probable que si ce dernier avait témoigné, il se serait borné à nier toute connaissance du colis ou l'avoir reçu de X et lui avoir remis un reçu. Ce serait pure spéculation, toutefois, que de conclure qu'il l'a volé. Il peut avoir été aussi négligent à cet égard que X avec le colis de Toronto, l'avoir laissé quelque part, avec l'intention de l'inscrire sur le registre et le placer dans le casier plus tard. Tout employé et même quiconque avait accès au hangar aurait pu alors le prendre et Y chercherait à couvrir sa négligence en prétendant ne l'avoir jamais reçu. Il peut l'avoir placé dans le casier sans l'inscrire comme le veut la consigne puis l'avoir repris plus tard. L'avocat de la défenderesse Air Canada a laissé entendre que tous ceux qui ont accès aux hangars, tels les employés des autres transporteurs et même les étrangers qui se trouvent dans l'aéroport, bien qu'ils n'aient aucun droit de s'y trouver, auraient pu le prendre; mais c'est là une possibilité fort improbable vu les preuves de vols antérieurs et subséquents de marchandises par des employés d'Air Canada dans les hangars résér-

Since the investigation at the time did not uncover any evidence enabling the blame to be attributed to any specific individual this certainly cannot be done now, but I have no doubt, as I have already indicated, that the parcel was stolen by one or more employees of Air Canada having access to it and to the covering documents which delayed the investigation of the theft.

Air Canada has admitted responsibility and has offered payment of \$1,000 which amount is the limit of liability under the Warsaw Convention for International Carriage by Air to which effect has been given in Canada by chapter C-14 of the Revised Statutes of Canada 1970 [*Carriage by Air Act*]. The question which has given rise to the present litigation is whether the carrier Air Canada shall be able to limit its liability or whether this is excluded by provisions of Article 25 of the said Warsaw Convention as amended by The Hague Convention.

PROCEDURAL QUESTIONS AND ADMISSIONS

A serious procedural question arose which, although resolved so as to enable the action to proceed to a hearing on the merits should be referred to since an apparently fatal defect, although overcome prior to the opening of the trial, will appear from the record. In the early stages of the proceedings the defendant Air Canada moved for a declinatory exception contesting the jurisdiction of the Court and by judgment dated December 18, 1974, based on the jurisprudence at the time, it was found that this Court did not have jurisdiction and plaintiff's action was dismissed with costs. An appeal was brought from this judgment. Several years passed and in the interval a judgment had been rendered by the Court of Appeal in the case of *Bensol Customs Brokers Limited v. Air Canada*¹ finding that this Court did have jurisdiction over claims for the international carriage of goods by air. All parties being convinced that this represented the existing state of the law now wished to proceed on the merits before this Court. This could have been simply accomplished by a consent to the granting

¹ [1979] 2 F.C. 575.

vés aux marchandises à l'aéroport de Dorval et la disparition inexpliquée des documents d'accompagnement.

Comme l'enquête à l'époque n'a révélé aucune preuve permettant de blâmer un individu en particulier, cela certainement ne saurait être fait maintenant; mais je ne doute pas, comme je l'ai déjà dit, que le colis a été volé par un ou des employés d'Air Canada y ayant accès, ainsi qu'aux documents d'accompagnement, ce qui a permis de retarder l'enquête sur le vol.

Air Canada a reconnu sa responsabilité et offert en paiement \$1,000, la limite de sa responsabilité selon la Convention de Varsovie pour le transport aérien international à laquelle le chapitre C-14 des Statuts révisés du Canada de 1970 [*Loi sur le transport aérien*] donne effet au Canada. Il échet d'examiner dans le présent litige si le transporteur Air Canada peut limiter sa responsabilité ou si cela est exclu par l'article 25 de ladite Convention de Varsovie, modifiée par la Convention de La Haye.

QUESTIONS PROCÉDURALES ET AVEUX

Une question procédurale sérieuse se pose d'abord, laquelle, bien qu'elle ait été résolue, de sorte que l'action a pu être instruite au fond, doit être mentionnée puisqu'un vice apparemment fatal, quoique circonscrit avant l'ouverture de l'instruction, apparaît au dossier. Dans les premiers états de l'instance, la défenderesse Air Canada a excipé du déclinatoire, contestant la compétence de la Cour et, par jugement en date du 18 décembre 1974, fondé sur la jurisprudence de l'époque, il a été dit que notre juridiction était incompétente et l'action de la demanderesse a été rejetée avec dépens. On forma appel de ce jugement. Plusieurs années s'écoulèrent et, dans l'intervalle, la Cour d'appel prononça son arrêt dans *Bensol Customs Brokers Limited c. Air Canada*¹ et jugea que notre juridiction est compétente en matière de demandes relatives au transport aérien international. Toutes les parties étant convaincues que cela représente l'état actuel du droit, elles désirent maintenant procéder au fond devant notre juridiction. On aurait pu arriver à ce résultat simplement par un consentement à l'appel, sur lequel la Cour d'appel,

¹ [1979] 2 C.F. 575.

of the appeal, on which the Appeal Court would no doubt have acted following the *Bensol Customs Brokers* case. However, inadvertently, the parties entered in the appeal file, Court No. A-339-75 documents having the opposite effect. On December 4, 1980, two documents were filed, the first being a consent to the jurisdiction of this Court, secondly a discontinuance of the appeal. Quite aside from the fact that parties cannot confer jurisdiction on a court by consent, as this is a matter of law for the court to determine, the discontinuance of the appeal had the effect of confirming the judgment of Mr. Justice Addy, effectively closing the trial file. As the appeal file had also been closed by the discontinuance it was now not possible to withdraw same and replace it by a consent to granting of the appeal which is what the parties had intended. While *Federal Court Rules* provide for discontinuance proceedings (Rule 406) and for a consent in an appeal to reversal of a judgment (Rule 1212), neither Rule was applicable under the circumstances. Moreover, proceedings which had been started in the Superior Court in Montreal as a result of Justice Addy's judgment finding that this Court did not have jurisdiction were themselves discontinued when it was decided to proceed in this Court and that this could be done as a result of the *Bensol Customs Brokers* judgment. It would be manifestly inequitable to deprive plaintiff of its day in Court in which the matter could be dealt with on the merits, as a result of a procedural error contributed to by counsel for all parties signing the documents in the appeal record.

Fortunately what appeared to be an acceptable way out of the impasse was discovered by invoking article 476 of the Quebec *Code of Civil Procedure* which reads as follows:

476. A party may renounce rights arising from a judgment rendered in his favour, by filing in the office of the court a total or partial renunciation signed by him or by his special attorney. A total renunciation accepted by the opposite party places the case in the position it was in immediately before the judgment.

There is no such Rule in the *Federal Court Rules* and by invoking Rule 5 (the gap Rule) it was possible to apply article 476. With the full written approval of all parties defendants Air Canada and Swissair and Swiss Air Transport Co. Ltd. renounced their rights arising from the judgment

nul doute, aurait agi, suivant ainsi l'arrêt *Bensol Customs Brokers*. Toutefois, par inadvertance, les parties ont versé au dossier d'appel, numéro du greffe A-339-75, des actes ayant l'effet contraire. Le 4 décembre 1980, deux actes de procédure ont été déposés, le premier étant une reconnaissance de la compétence de notre juridiction, le second un désistement de l'appel. Mis à part le fait que les parties ne peuvent conférer compétence à une juridiction par leur consentement, car c'est là une question de droit qu'il appartient à la Cour de décider, le désistement de l'appel a eu l'effet de confirmer le jugement du juge Addy, et de fermer le dossier. Comme le dossier d'appel a aussi été fermé par le désistement, il devenait impossible de le retirer et de le remplacer par un consentement à l'appel, ce que les parties désiraient. Les *Règles de la Cour fédérale* prévoient le désistement (Règle 406) et le consentement à un appel en infirmation d'un jugement (Règle 1212), mais ni l'une ni l'autre de ces Règles ne sont applicables dans les circonstances. En outre, l'instance qui avait été engagée devant la Cour supérieure de Montréal par suite du jugement du juge Addy, selon lequel notre juridiction n'avait pas compétence, a été elle-même abandonnée lorsqu'il a été décidé de saisir notre juridiction comme le permettait l'arrêt *Bensol Customs Brokers*. Il serait manifestement inéquitable de priver la demanderesse de son procès au fond par suite d'un vice de procédure auquel ont contribué les avocats de toutes les parties qui tous ont signé les actes versés au dossier d'appel.

Heureusement, ce qui semble être un moyen honorable de sortir de l'impasse a été découvert dans l'article 476 du *Code de procédure civile* du Québec que voici:

476. Une partie peut renoncer aux droits qui lui résultent d'un jugement rendu en sa faveur, en produisant au greffe un désistement total ou partiel, signé d'elle-même ou de son fondé de procuration spéciale. Le désistement total accepté par la partie adverse a pour effet de remettre la cause dans l'état où elle était immédiatement avant le jugement.

Les *Règles de la Cour fédérale* ne comportent aucune disposition semblable et, par le jeu de la Règle 5 (la Règle des lacunes), il a été possible d'appliquer l'article 476. Avec l'approbation écrite de toutes les parties, sans réserve, les défenderesses Air Canada, Swissair et Swiss Air Transport Co.

rendered by Justice Addy on May 20, 1975. Article 476 provides no time limit within which such renunciation may be made. The effect was to place the parties in the position in which they were immediately before the said judgment so that the action could therefore be proceeded with.

At the opening of the hearing the parties filed various admissions, to the effect that the amount representing the air carriers' limitation of liability with respect to the shipment was \$1,000 which was deemed to have been legally and validly tendered into Court on the date of the admission of October 6, 1981, that the parties agreed that the shipment consisted of Canadian dollars totalling \$60,400, that the carriage was an international carriage covered by Swissair Waybill No. 085-626-4641-5, that plaintiff is the right party to sue the defendants, that the method of carriage utilized was the method normally used by The Royal Bank of Canada and by the plaintiff, and that neither Swissair nor Air Canada notified either MAT Transport, the plaintiff, or The Royal Bank of Canada of the fact that Air Canada was the carrier of the cargo from Zurich to Montreal until after the loss was discovered. A further admission was made to the effect that plaintiff paid Swissair 143.95 Swiss francs being the correct minimum charge provided in accordance with the tariff and that no additional valuation charge was made, no value for carriage having been declared.

Demands for the production of documents at trial made by Air Canada were complied with.

Some discussion took place as to whether Air Canada should be required to produce the documents on its list of documents which had not been declared privileged in the judgment of June 7, 1974, or if these could only be introduced by plaintiff through witnesses which would have involved the calling of a great many witnesses, many no longer available to identify signatures. A secondary discussion arose with respect to the production of photostated copies of some of these documents rather than originals. The Court invoked the Rule 456 which reads as follows:

Rule 456. At any stage of an action, the Court may order any party to produce to the Court any document in his possession,

Ltd. ont renoncé à leurs droits découlant du jugement prononcé par le juge Addy le 20 mai 1975. L'article 476 ne stipule aucun délai dans lequel le désistement devrait être fait. Le résultat a été de placer les parties dans l'état où elles étaient immédiatement avant ledit jugement de sorte que l'on peut maintenant instruire l'action.

Au début de l'instruction, les parties ont fait divers aveux: que le montant représentant la limitation de responsabilité des transporteurs aériens relativement à une expédition était de \$1,000, lesquels ont été présumés légalement et validement offerts et consignés à la Cour le jour de l'aveu, le 6 octobre 1981; que l'expédition consistait en dollars canadiens totalisant \$60,400; que le transport était un transport international visé par la lettre de transport aérien Swissair numéro 085-626-4641-5; que la demanderesse autorisée à agir contre les défenderesses était bien la bonne; que la méthode de transport utilisée était celle qu'utilisaient normalement La Banque Royale du Canada et la demanderesse, et que ni Swissair ni Air Canada n'avaient notifié soit MAT Transport, soit la demanderesse, soit La Banque Royale du Canada, du fait qu'Air Canada serait le transporteur de Zurich à Montréal avant que la disparition ne soit découverte. Un autre aveu a été fait: que la demanderesse a versé à Swissair 143.95 francs suisses soit les frais minimums applicables en vertu du tarif, et il n'a été perçu aucuns frais additionnels, aucune valeur de transport n'ayant été déclarée.

Air Canada ayant fait certaines demandes de documents en cours d'instance, on s'y est conformé.

On a discuté pour savoir si Air Canada devrait produire les documents apparaissant sur sa liste de documents déclarés non couverts par le secret professionnel par le jugement du 7 juin 1974 ou s'ils ne pouvaient être produits que par la demanderesse en présentant des témoins, ce qui aurait exigé d'en citer un grand nombre, dont plusieurs qu'on ne retrouverait plus pour identifier des signatures. On a aussi discuté de la production de photocopies de certains de ces documents plutôt que des originaux. La Cour a invoqué la Règle 456 que voici:

Règle 456. A tout stade d'une action, la Cour pourra ordonner à une partie de lui produire un document qui se trouve en la

custody or power relating to any matter in question in the cause or matter and the Court may deal with the document when produced in such manner as it thinks fit.

Defendant Air Canada was ordered to produce any document on its list of documents which plaintiff desired to have entered as an exhibit and which had not been declared privileged and that a photostat of any such document would be acceptable if the original was not available unless defendant Air Canada was in a position to deny that the photostat represented a true copy of the original document.

Plaintiff in its statement of claim dated October 20, 1972, asked for interest at the current commercial rate as of the date of the loss. This was amended at the trial with the consent of all parties so as to claim interest at the average prime rate from the date of the loss to the date of judgment and one of the agreements filed was that the average prime rate from November 6, 1970, to October 6, 1981, was 10.1%, without prejudice to the right of defendant Air Canada to argue that only the legal rate of interest should apply. Said admission also contained an admission to the effect that no notice of arrival was given either by Air Canada or by Swissair to either MAT Transport, The Royal Bank or Swiss Bank Corporation of the arrival at Dorval of the shipment.

The discovery of Captain Proctor was taken into the record as if read in full. The statements made by P. V. Hohl of the Swiss Bank Corporation, Charles Redman of MAT Transport and B. Mettini, Swissair service head of the valuable cargoes in Zurich, taken by consent in Switzerland and examined by counsel for the parties as if taken by virtue of a rogatory commission were also entered into the record, it being agreed that if these witnesses were present in Court the statements represented what they would say.

LAW AND JURISPRUDENCE

Article 25 of the Warsaw Convention formerly read as follows:

possession, sous la garde ou sous l'autorité de cette partie et qui a trait à un point litigieux de l'affaire ou de la question, et la Cour pourra, lorsque le document est produit, en user de la manière qu'elle estime à propos.

^a On a ordonné à la défenderesse Air Canada de produire tout document sur sa liste que la demanderesse désirait voir produit comme pièce et qui n'avait pas été déclaré couvert par le secret; une photocopie de tout document de ce genre serait acceptable si l'original n'était pas disponible, à moins que la défenderesse Air Canada ne soit en mesure de montrer que la photocopie n'est pas conforme à l'original.

^c La demanderesse dans sa déclaration en date du 20 octobre 1972 réclamait l'intérêt au taux commercial courant à compter du moment de la perte. Au procès, du consentement de toutes les parties, on a modifié cette demande pour réclamer l'intérêt au taux préférentiel moyen à compter du moment de la perte jusqu'à la date du jugement, l'un des accords produits étant que le taux préférentiel moyen entre le 6 novembre 1970 et le 6 octobre 1981 avait été de 10.1%, sans préjudice au droit de la défenderesse Air Canada de soutenir que seul le taux d'intérêt légal s'appliquait. Cet aveu contenait aussi celui selon lequel aucune notification d'arrivée n'avait été donnée soit par Air Canada, soit par Swissair à MAT Transport, à La Banque Royale ou à Swiss Bank Corporation, de l'arrivée à Dorval de la marchandise.

^g L'interrogatoire préalable du capitaine Proctor a été versé au dossier comme s'il avait été entièrement lu. Les dépositions de P. V. Hohl de Swiss Bank Corporation, de Charles Redman de MAT Transport et de B. Mettini, chef du Service des marchandises de valeur chez Swissair à Zurich, consignées avec l'accord des parties en Suisse après interrogatoire par leurs avocats, comme si consignées en vertu d'une commission rogatoire, ont aussi été versées au dossier, étant convenu que les dépositions de ces témoins représentaient ce qu'ils auraient dit s'ils avaient été présents devant la Cour.

LE DROIT ET LA JURISPRUDENCE

^j Voici le texte original de l'article 25 de la Convention de Varsovie:

Article 25

(1) The carrier shall not be entitled to avail himself of the provisions of this Convention which exclude or limit his liability, if the damage is caused by his wilful misconduct or by such default on his part as, in accordance with the law of the Court seized of the case, is considered to be equivalent to wilful misconduct.

(2) Similarly the carrier shall not be entitled to avail himself of the said provisions, if the damage is caused as aforesaid by any agent of the carrier acting within the scope of his employment.

By The Hague Convention of September 28, 1955 it was amended as follows:

Article XIII

In Article 25 of the Convention—

paragraphs (1) and (2) shall be deleted and replaced by the following:

“The limits of liability specified in Article 22 shall not apply if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier, his servants or agents, done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result; provided that, in the case of such act or omission of a servant or agent, it is also proved that he was acting within the scope of his employment.”

In order to avoid the limitations of liability imposed by Article 22 as amended, plaintiff seeks to invoke Article 25 and it is the provisions of the amended Article which are applicable in the present proceedings.

Reference to the former wording has been made however as the United States has not adopted The Hague Convention modifying the wording which makes American jurisprudence of little value in the present case. British jurisprudence also relies for the most part on the former wording interpreting the words “wilful misconduct”. Serious difficulty was encountered in obtaining a uniform international interpretation as the civil law countries gave their interpretation of the words “*dol ou d'une faute qui, d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol*” in the French version.

Shawcross and Beaumont, *Air Law*, page 345 (2d ed., 1951) concluded that English courts as of that time interpret “wilful misconduct” under the Warsaw Convention as an intentional act or failure to act (1) where the person knows it is a breach of his duty under the circumstances, or (2) “knows [he] is likely to cause [injury] to third parties”, or (3) with reckless indifference does not

Article 25

(1) Le transporteur n'aura pas le droit de se prévaloir des dispositions de la présente Convention qui excluent ou limitent sa responsabilité, si le dommage provient de son dol ou d'une faute qui, d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol.

(2) Ce droit lui sera également refusé si le dommage a été causé dans les mêmes conditions par un de ses préposés agissant dans l'exercice de ses fonctions.

La Convention de La Haye du 28 septembre 1955 l'a modifié comme suit:

Article XIII

A l'article 25 de la Convention—

les alinéas 1 et 2 sont supprimés et remplacés par la disposition suivante:

«Les limites de responsabilité prévues à l'article 22 ne s'appliquent pas s'il est prouvé que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur ou de ses préposés fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement, pour autant que, dans le cas d'un acte ou d'une omission de préposés, la preuve soit également apportée que ceux-ci ont agi dans l'exercice de leurs fonctions.»

Dans le but d'éviter les limitations de responsabilité qu'impose l'article 22, modifié, la demanderesse fait valoir cet article 25, dont la nouvelle version s'applique en l'instance.

On s'est référé au texte original toutefois vu que les États-Unis n'ont pas adhéré à la Convention de La Haye qui en modifie le texte, ce qui rend la jurisprudence américaine de peu d'utilité en l'espèce présente. La jurisprudence anglaise vise aussi pour la plus grande part le texte original, interprétant le terme «dol» («*wilful misconduct*»). Une difficulté sérieuse se pose lorsqu'on recherche une interprétation internationale uniforme étant donné que les pays de droit romaniste se sont attachés à interpréter les termes «dol ou d'une faute qui, d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol» de la version française.

Shawcross et Beaumont, *Air Law* (2^e éd., 1951), page 345, concluent que les tribunaux anglais, jusqu'à cette époque, interprétaient les termes «*wilful misconduct*» de la Convention de Varsovie comme un acte ou un défaut d'agir intentionnel (1) alors que son auteur a conscience qu'il n'exécute pas son obligation dans les circonstances, ou (2) [TRADUCTION] «qu'il causera probablement un

know or care whether it is or is not a breach of his duty or is likely to cause damage.

In an article by William C. Strock, Volume 32, *Journal of Air Law and Commerce* (1966) at page 294, the amended wording is discussed. He states:

This amendment by a change in wording indicates a dissatisfaction with the language in the Warsaw Convention among the nations which drafted and signed The Hague Protocol. Apparently, this was due to a change in times and circumstances plus a desire to decrease the situations where a carrier may have unlimited liability. As a compromise, the maximum limited liability was doubled. The Protocol restricts unlimited liability by replacing "wilful misconduct" with the requirement of knowledge as to both intentional damage and recklessness.

In England the *Carriage by Air Act, 1961*, 9 & 10 Eliz. 2, c. 27, adopted the provisions of the Warsaw Convention as amended by The Hague Convention in 1955 but the *Carriage by Air Acts (Application of Provisions) Order 1967* [S.I. 1967, No. 480] substituted for the then Article 25 (i.e. the amended Article), the original Article 25 so that British jurisprudence subsequent to 1967 still interprets "wilful misconduct" and must be read with care. Shawcross and Beaumont say at page 449:

There is a strong tradition in civil law countries of treating gross negligence as equivalent to *dol*, but this tradition was particularly controversial in France and in 1957 the French legislation, following the example of the amended convention agreed at The Hague, provided that the fault equivalent to *dol* was "faute inexcusable . . . la faute délibérée, qui implique la conscience de la probabilité du dommage, et son acceptation téméraire sans raison valable".

In the English courts, the English text prevails, and the question is as to the meaning of "wilful misconduct" or its equivalent.

In dealing with the amended Article 25 Giuseppe Guerrieri in an article entitled "Wilful Misconduct in the Warsaw Convention: A Stumbling Block"² states at page 275:

The comparison of the two texts of art. 25 shows that in the Protocol neither the word "dol" nor the phrase "faute . . . équivalente au dol" have been used, thus avoiding any further discussion on the subject among delegates of different countries.

² *The McGill Law Journal*, Vol. 6.

dommage à des tiers», ou (3) avec une indifférence imprudente ignore s'il s'agit ou non d'une inexécution de son obligation ou le risque de causer un dommage ou n'y prend pas garde.

Dans un article, William C. Strock, Volume 32, *Journal of Air Law and Commerce* (1966) à la page 294, analyse le nouveau texte. Il dit:

[TRADUCTION] Cette modification dans le texte montre que les nations qui rédigèrent et signèrent le Protocole de La Haye n'étaient pas satisfaites du texte de la Convention de Varsovie. Apparemment cela était dû à un changement de circonstances et d'époque ainsi qu'à un désir de réduire les cas où le transporteur voit sa responsabilité non limitée. Comme compromis, on doubla le maximum de la limitation de responsabilité. Le Protocole restreint la responsabilité illimitée en remplaçant le «dol» («wilful misconduct») par l'exigence de l'intention soit de causer un dommage, soit de commettre une imprudence.

En Angleterre, la *Carriage by Air Act, 1961*, 9 & 10 Eliz. 2, c. 27, reprenait les dispositions de la Convention de Varsovie modifiées par la Convention de La Haye de 1955 mais l'ordonnance *Carriage by Air Acts (Application of Provisions) Order 1967* [T.R. 1967, N° 480] a substitué à l'article 25 (c.-à-d. l'article modifié) l'article 25 ancien, de sorte que la jurisprudence britannique postérieure à 1967 interprète toujours les termes «wilful misconduct» et doit donc être lue avec prudence. Shawcross et Beaumont disent à la page 449:

[TRADUCTION] Dans les pays de droit romaniste, il existe une forte tendance traditionnelle à traiter la faute lourde (*gross negligence*) comme équivalente au *dol*; mais cette tradition ne laisse pas d'être particulièrement controversée en France où, en 1957, la législation française, suivant en cela l'exemple de la convention révisée à La Haye, dispose que la faute équivalant au *dol* est la «faute inexcusable . . . la faute délibérée, qui implique la conscience de la probabilité du dommage, et son acceptation téméraire sans raison valable».

Devant les tribunaux anglais, le texte anglais prévaut, et la question demeure de savoir ce que veut dire l'expression «wilful misconduct» ou son équivalent.

Traitant de l'article 25 révisé, Giuseppe Guerrieri dans un article intitulé «Wilful Misconduct in the Warsaw Convention: A Stumbling Block»² dit à la page 275:

[TRADUCTION] La comparaison des deux textes de l'art. 25 montre que dans le Protocole, ni le terme «dol» ni l'expression «faute . . . équivalente au dol» n'ont été utilisés, évitant ainsi toute discussion additionnelle à ce sujet par les délégations des différents pays.

² *The McGill Law Journal*, Vol. 6.

The words disappeared but, instead, the concepts have been incorporated in the text as clearly as possible in order to avoid further differences of interpretations under different legal systems.

The fault depriving the carrier of the benefit of a limited liability must now be reckless and accompanied with the knowledge of the probable consequences. Moreover, the case of an act intentionally performed to cause damage fits the universally accepted concept of "dol".

Thus the new article 25, in defining and limiting the extent, conveys the notion of wilful misconduct as applied by the anglo-saxon judges, without significantly departing from the French jurisprudence handed down in recent years on the matter of responsibility arising from air catastrophes which have plagued national aviation.

Garnault: Le Protocole de la Haye, [1956] Revue Française de Droit Aérien, 6.

In the most recent French cases, mainly in the Paris Court of Appeals judgment February 3, 1954 (*Hennessy v. Air France*) a tendency can be found directed to confine "faute lourde" within well determined limits and boundaries; in general, a limited interpretation is given which causes the concepts of "faute lourde" and "wilful misconduct" to meet in the end. A clear equivalence of ideas has been at last accomplished through different legal systems.

In view of the differences in jurisprudence encountered subsequently it appears this opinion may prove to have been overly optimistic.

In reviewing the numerous cases to which the Court was referred by counsel for both parties, it appears desirable not only to exercise caution in relying on British and American jurisprudence based on the former wording of Article 25 of the Convention, but also to eliminate the frequent cases involving airplane crashes since the facts are quite different from those of the subject case. It is evident that a pilot whose own life is at stake when he flies at altitudes lower than those permitted, ignores directions from a controller or otherwise by act or omission behaves recklessly cannot be found to have done so with intent to cause damage or knowledge that damage would probably result.

One significant change brought about by the amendment of Article 25 is that the words in the old Article "in accordance with the law of the Court seized of the case" have been omitted. It is therefore no longer the *lex fori* which should be applied, and as counsel for defendant Air Canada points out it is desirable that international interpretation be given to the Convention so that the

Les mots sont disparus mais, à leur place, on a incorporé dans le texte les concepts mêmes aussi clairement que possible afin d'éviter toute différence d'interprétation selon les systèmes de droit.

La faute qui prive le transporteur du bénéfice de la limitation de responsabilité doit être téméraire et accompagnée de la conscience de ses conséquences probables. En outre, l'acte intentionnel exécuté dans le but de causer un dommage rend bien le sens universellement accepté du terme «dol».

Ainsi, l'article 25 nouveau traduit en précisant et en limitant les contours la notion de «wilful misconduct» appliquée par les juges Anglo-Saxons, sans pour autant s'éloigner sensiblement de la jurisprudence française statuant au cours de ces dernières années sur les responsabilités impliquées par les grands sinistres aériens qui ont endeuillé l'aviation nationale.

Garnault: Le Protocole de la Haye, [1956] Revue Française de Droit Aérien, 6.

Dans les arrêts français les plus récents, particulièrement dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 février 1954 (*Hennessy c. Air France*), on peut discerner une tendance à restreindre la «faute lourde» dans des limites fort circonscrites; en général, on en donne une interprétation restrictive, ce qui fait que les concepts de «faute lourde» et de «wilful misconduct» se rejoignent à la fin. Une équivalence de concepts, vient enfin de s'accomplir entre les différents systèmes de droit.

Vu les différentes tendances rencontrées dans la jurisprudence ultérieure, il semble que cette opinion ait été un peu trop optimiste.

En étudiant les nombreuses affaires que les avocats des parties ont citées à la Cour, il semble qu'il faille non seulement être prudent lorsqu'on a recours à la jurisprudence anglaise et américaine, fondée sur le premier texte de l'article 25 de la Convention, mais aussi écarter les nombreuses affaires où il y a eu écrasement d'un avion, puisque les faits sont alors fort différents de ceux de l'espèce. Il est évident que le pilote dont la vie est en jeu lorsqu'il vole à une altitude inférieure à celle autorisée, qui ignore les directives d'un contrôleur ou qui agit ou n'agit pas dans tel ou tel sens, témérairement, ne peut être considéré comme ayant eu l'intention de causer un dommage ou avoir eu conscience qu'un dommage en résulterait probablement.

Modification importante apportée à l'article 25, les termes du vieil article «d'après la loi du tribunal saisi» ont été omis dans le nouveau. Ce n'est donc plus la *lex fori* qui doit être appliquée et, comme l'avocat de la défenderesse Air Canada l'a fait remarquer, il est souhaitable de donner une interprétation internationale à la Convention pour assurer l'uniformité des décisions. Quoique cela soit

decisions will be consistent. While this is a desirable end, the jurisprudence of various countries interpreting it has been by no means consistent any more than the decisions in the various countries interpreting The Hague Rules for Carriage by Sea or the American *Carriage of Goods by Sea Act* always reach the same results. Defendant Air Canada refers to extensive jurisprudence mostly reported in the *Revue Française de Droit Aérien*. In the case of *Lacroix Baartmans, Callens, Und, Van Tichelen S.A. v. Swiss Air*³ a judgment of the Swiss Federal Tribunal dealing with theft of bank notes consigned as valuable cargo the Court held at pages 77-78 (my translation):

“... There is no doubt that in accordance with the new provisions of Article 25 of the Convention and Article 10 of the rules of air transport the gross negligence of the carrier or of his employees is not sufficient to open the way to unlimited responsibility. According to these provisions even gross negligence committed knowingly is not sufficient. The responsibility is only unlimited when the carrier or his employees have intentionally caused the damage or when the act or omission has been reckless or inconsiderate ... and on condition moreover that he was aware that damage would probably result from the conduct. ...”

At page 78 the judgment goes on to say (my translation):

Applying this interpretation to the present case the Federal Tribunal declares it is not possible to state that the persons eventually responsible for the loss of the five parcels actually had this knowledge. In effect although the trial judge was convinced that one of several employees of Eastern Airlines who were involved in the re-shipment of the parcels from New York to Mexico and whose names are known was responsible for this loss the circumstances of the re-shipment are so confused that it is not possible to designate which employee. Therefore “since the Court of Commerce concludes that it is impossible to know with certainty where and why these parcels were lost” it is equally impossible to identify the person whose fault caused the loss, and as a result to “establish that he in effect was aware of the probability of damage as the provisions relating to the unlimited responsibility of the carrier require”.

and later on the same page it is stated (my translation):

The Federal Tribunal subsequently examined various hypotheses put forward by plaintiff to explain the loss of the parcels. It concludes that in supposing that these are correct they do not permit it “to determine the existence of subjective criteria of intention and knowledge of the probability of damage”.

The case of *Tondriau v. Cie Air India*,⁴ Cour de cassation of Belgium, concerns an air crash and

³ 1974 R.F.D.A. 75.

⁴ 1977 R.F.D.A. 193.

souhaitable, la jurisprudence des divers pays qui l'a interprétée n'a nullement été uniforme pas plus que lorsqu'il s'agit d'interpréter les Règles de La Haye sur le transport maritime ou la *Carriage of Goods by Sea Act* américaine. La défenderesse Air Canada a cité une jurisprudence imposante publiée pour la plus grande part dans la *Revue Française de Droit Aérien*. Dans l'affaire *Lacroix Baartmans, Callens, Und, Van Tichelen S.A. c. Swiss Air*³, un jugement du tribunal fédéral suisse portant sur un vol de billets de banque consignés en tant que marchandises de valeur, la Cour a jugé, aux pages 77 et 78, que:

«... Il ne fait aucun doute que d'après les nouvelles rédactions de l'article 25 de la Convention et de l'article 10 du règlement de transport aérien, la faute lourde du transporteur ou de ses préposés ne suffit plus à déclencher la responsabilité illimitée. Selon ces dispositions, même la faute lourde commise consciemment ne suffit plus. La responsabilité n'est désormais illimitée que lorsque le transporteur ou ses préposés a intentionnellement causé le dommage, ou encore lorsque son acte ou omission a été téméraire, inconsidéré ... à condition, en outre, qu'il eût conscience qu'un dommage résultera probablement de ce comportement. ...»

A la page 78 du jugement on poursuit:

Appliquant cette interprétation au cas dont il est saisi, le tribunal fédéral déclare qu'il n'est pas possible de constater que les personnes éventuellement responsables de la perte des cinq colis ont effectivement eu cette conscience. En effet, bien que le juge de fond fût convaincu qu'un des plusieurs préposés de la Eastern Airlines qui sont intervenus dans la réexpédition des colis de New York à Mexico, et dont les noms sont connus, a été responsable de cette perte, les circonstances de cette réexpédition sont si confuses, qu'il ne peut désigner ce préposé. Or, «du moment où le Tribunal de Commerce estime qu'il est impossible de savoir avec certitude où et pourquoi les colis ont été perdus» il est également impossible d'identifier la personne dont la faute a causé leur perte et, partant, de «prouver qu'elle a effectivement eu conscience de la probabilité du dommage, comme l'exigent les dispositions relatives à la responsabilité illimitée du transporteur».

et plus bas, sur la même page:

Le tribunal fédéral a ensuite examiné plusieurs hypothèses avancées par la demanderesse pour expliquer la perte des colis. Il constate que, en supposant qu'elles soient correctes, elles ne permettent pas «de constater l'existence du critère subjectif d'intention et de conscience de la probabilité du dommage».

L'arrêt *Tondriau c. Cie Air India*⁴ de la Cour de cassation de Belgique traite d'un écrasement

³ 1974 R.F.D.A. 75.

⁴ 1977 R.F.D.A. 193.

the facts are therefore not pertinent but it is useful in confirming that the Convention should be interpreted by provisions of international law, as I have already indicated. At page 202 the judgment states:

[TRANSLATION] But considering that responsibility in matters of international air transport which is a question which the Court of Appeal was called upon to decide is regulated by the Warsaw International Convention having for its objective the unification of the rules applicable in this domain; that the recourse to national law can therefore not be considered save to the extent that the Convention refers to or permits it;

Whereas the interpretation of an international convention the purpose of which is the unification of law cannot be done by reference to the domestic law of one of the contracting States; that if the treaty text calls for interpretation, this ought to be done on the basis of elements that actually pertain to the treaty, notably, its object, its purpose and its context, as well as its preparatory work and genesis; that the purpose of drawing up a convention designed to become a species of international legislation would be wholly frustrated, if the courts of each State were to interpret it in accordance with concepts that are specific to their own legal system;

and again on the same page:

[TRANSLATION] Whereas The Hague Protocol has for objective in this connection the elimination of difficulties resulting from the former text by establishing by a compromise solution a common rule suitable for international air transport;

However, in a decision which is difficult to understand the Cour de cassation (Ch. com.) of France in the case of *Syndicat d'assurances des Lloyds v. Sté Aérofret*⁵ it was decided (my translation):

The leaving of a parcel containing diamonds in a shed in the airport open to anyone by an employee of the representative of the carrier who knew the nature of the contents does not constitute inexcusable fault sufficient to bring into play the unlimited responsibility of the carrier provided by Article 25 of the Warsaw Convention.

The history of Article 25 and the interpretation given to it by the courts of various countries is very thoroughly dealt with in an article by Bin Cheng appearing in the *Annals of Air and Space Law* 1977, Volume II. He refers to the case of *Tondriau v. Cie Air India (supra)* in which the Brussels Court of Appeal repudiated the approach of the French Cour de cassation (1st Ch. Civ.) in the case of *Emery v. Sté Sabena*⁶ and adopted the subjective approach rather than the objective approach which had been applied to the pilot at fault in that case.

⁵ 1969 R.F.D.A. 397.

⁶ 1968 R.F.D.A. 184.

d'avion et les faits donc ne sont pas pertinents mais ils demeurent utiles en ce qu'ils confirment que la Convention doit être interprétée selon les dispositions du droit international comme je l'ai déjà dit.

a A la page 202, l'arrêt dit:

Mais attendu que la responsabilité en matière de transport aérien international, question sur laquelle la Cour d'appel était appelée à statuer, est régie par la Convention internationale de Varsovie ayant pour objet l'unification des règles applicables en ce domaine; que le recours au droit interne ne peut dès lors se concevoir que dans la mesure où la convention y renvoie ou le permet;

b

Attendu que l'interprétation d'une convention internationale qui a pour but l'unification du droit ne peut se faire par référence au droit national de l'un des Etats contractants; que, si le texte appelle interprétation, celle-ci doit se faire sur la base d'éléments propres à la convention, notamment son objet, son but et son contexte, ainsi que ses travaux préparatoires et sa genèse; qu'il serait vain d'élaborer une convention destinée à former une législation internationale, si les juridictions de chaque Etat l'interprétaient suivant des notions propres à leur droit;

d

et plus loin sur la même page:

Attendu que le Protocole de La Haye a eu pour but, à cet égard, d'éliminer les difficultés nées du texte antérieur, en fixant, par une solution de compromis, une règle commune, propre au transport aérien international;

e

Toutefois, dans un arrêt difficile à comprendre, *Syndicat d'assurances des Lloyds c. Sté Aérofret*⁵, la Cour de cassation française (Ch. com.) avait décidé:

Laisser un colis contenant des diamants dans un magasin d'aéroport ouvert à tout venant par un préposé du représentant du transporteur, qui connaissait la nature du contenu, ne constitue pas une faute inexcusable propre à faire déclencher la responsabilité illimitée du transporteur prévue par l'article 25 de la Convention de Varsovie.

g

Dans les *Annales de droit aérien et spatial*, 1977, Volume II, Bin Cheng procède à une analyse en profondeur de l'histoire de l'article 25 et de l'interprétation que lui ont donnée les juridictions de différents pays. Il cite l'arrêt *Tondriau c. Cie Air India* (précité) dans lequel la Cour d'appel de Bruxelles avait rejeté la démarche suivie par la Cour de cassation française (1^{re} Ch. Civ.) dans son arrêt *Emery c. Sté Sabena*⁶ choisissant l'interprétation subjective plutôt que l'interprétation objective qui avait été appliquée au pilote fautif en cette espèce.

i

⁵ 1969 R.F.D.A. 397.

⁶ 1968 R.F.D.A. 184.

The author refers to the case of *Rashap v. American Airlines Inc.*⁷ in which Dawson D.J. said at page 605:

Wilful misconduct . . . means a deliberate act or omission which the person doing it: (1) knows is a breach of his duty in the premises; or (2) knows is likely to cause damage to third parties; or (3) with reckless indifference does not know or care whether it is or is not a breach of his duty or likely to cause damage.

While this case dealt with the old wording still applicable in the United States of Article 25 in interpreting "wilful misconduct" the close approach to the present wording "recklessly and with knowledge that damage would probably result" is apparent.

After reviewing American and British jurisprudence Bin Cheng concludes at page 75:

The true position appears to be that in the third type of wilful misconduct, the doer's knowledge is required, but greater freedom is implicitly allowed in inferring such knowledge — which must exist — from the circumstances. It differs from the objective test, where the doer's knowledge is not required. In the latter case, it suffices that a reasonable person, a *bonus pater familias*, or a "good pilot" (whatever may be the standard applied) would have had such knowledge.

The Hague Protocol was adopted in 1955 and did not come into force in France until August 1, 1963. Meanwhile on March 2, 1957, Law 57-259 on the liability of carriers by air was adopted in France amending Article 42(1) of the law of May 31, 1924 on the same matter as follows:

[TRANSLATION] *Art. 42.* For the application of Art. 25 of the said Convention [the Warsaw Convention or any convention amending it; see Art. 41], the default considered as being equivalent to *dol* is inexcusable default (*la faute inexcusable*). A default is inexcusable if it is a deliberate default which involves knowledge of the probability of damage and its reckless acceptance without valid reason.

The Cour de cassation persists in its objective approach to the interpretation of Article 25 of the Warsaw Convention as amended by The Hague Convention although Bin Cheng in the article to which I have already referred outlining the history and negotiations leading to the Conventions and the intentions of the contracting parties suggests it

⁷ 1955 US & Civ. AvR 593.

L'auteur cite l'affaire *Rashap c. American Airlines Inc.*⁷ dans lequel le juge de district Dawson a dit, à la page 605:

[TRADUCTION] Le *dol* (*wilful misconduct*) . . . cela signifie un acte ou une omission délibérée dont l'auteur: (1) sait qu'il constitue une inexécution de son obligation sur les lieux; (2) sait qu'il causera probablement un dommage à des tiers; ou (3) avec une indifférence imprudente ignore s'il s'agit ou non d'une inexécution de son obligation ou le risque de causer un dommage ou n'y prend pas garde.

Cette affaire traitait de l'article 25 ancien qui s'applique toujours aux États-Unis avec son interprétation du terme «*dol*» («*wilful misconduct*»); néanmoins, la démarche suivie s'apparente au texte nouveau: «*témérement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement*».

Après avoir analysé la jurisprudence américaine et anglaise, Bin Cheng conclut à la page 75:

[TRADUCTION] En bonne doctrine, il semble donc que dans le troisième cas de faute lourde (*wilful misconduct*), l'élément conscience soit requis du délinquant, mais une plus grande latitude est implicitement accordée pour laisser présumer cette conscience, qui doit cependant exister, à partir des circonstances, ce qui est différent du critère objectif où l'élément conscience n'est pas requis de l'acteur. Dans ce dernier cas, il suffit qu'un individu raisonnable, un «*bon père de famille*» ou un «*bon pilote*» (quelle que soit la norme appliquée) ait eu cette conscience.

Le Protocole de La Haye a été adopté en 1955 et n'est pas entré en vigueur en France avant le 1^{er} août 1963. Entre-temps, le 2 mars 1957, la Loi 57-259 sur la responsabilité des transporteurs aériens fut adoptée en France modifiant l'article 42(1) de la loi du 31 mai 1924 sur le même sujet comme suit:

Art. 42. Pour l'application de l'art. 25 de ladite convention [la convention de Varsovie ou toute convention la modifiant; voir art. 41], la faute considérée comme équivalente au *dol* est la faute inexcusable. Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son attestation téméraire sans raison valable.

La Cour de cassation persiste dans son interprétation dite objective de l'article 25 de la Convention de Varsovie modifié par la Convention de La Haye quoique Bin Cheng, dans l'article que j'ai déjà mentionné, rappelant la genèse et les travaux préparatoires des Conventions et l'intention des parties contractantes, prétend que c'est l'interpréta-

⁷ 1955 US & Civ. AvR 593.

was the subjective approach which was intended in the wording finally adopted at The Hague Convention. In the case of *C^{te} Air-France v. Moinot*⁸ at page 107 the Cour de cassation (1st Ch. civ.) stated:

[TRANSLATION] . . . the Court of Appeal rightly considered that under Article 25 of the Warsaw Convention as amended by The Hague Protocol, in order to assess whether the author of the reckless act or omission, which was the cause of the accident, did have knowledge that damage would probably result, it was the objective test that should be applied, that is to say by reference to a normally careful and prudent person;

This again was in an airplane crash case. However the same holding is made in cases of carriage of goods. In the case of *C^{te} Le Languedoc v. Société Hernu-Peron*⁹ it stated:

[TRANSLATION] . . . the inexcusable default of the carrier or of his servants or agents referred to by Article 25 of The Hague Convention should be assessed objectively: consequently, what one has to do, in the present case, is to find out if the conduct of the Société H.P. discloses, on its part, the knowledge that it should have had of its own recklessness and of the possibility of damage;

If I have reviewed the authorities and jurisprudence at some length it is with a view to showing that there is no consistent line of international jurisprudence requiring a subjective interpretation of the words "done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result" in Article 25 as amended by The Hague Convention as defendant Air Canada contends, whatever may have been the intention of the subscribing countries at the time the wording in the amendment was adopted. I find it difficult to accept the interpretation given by the Belgian Cour de cassation in the *Tondriau* case (*supra*) and other cases adopting the subjective approach because this of necessity leads to a somewhat preposterous conclusion. If it were necessary to specifically identify the thief in the case of goods which it has been concluded have been stolen in transit by a servant or agent acting within the scope of his employment, in order to examine his intentions before concluding that in so doing he had stolen them with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result, the exclusion of limitation of liability would seldom have any application. While it might be argued that a thief steals goods for his

tion subjective que l'on a voulu consacrer dans le texte finalement adopté par la Convention de La Haye. Dans l'affaire *C^{te} Air-France c. Moinot*⁸, à la page 107, la Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.) dit:

. . . la Cour d'appel a justement considéré que c'était objectivement, c'est-à-dire par rapport à une personne normalement avisée et prudente, qu'il fallait, aux termes de l'article 25 de la Convention de Varsovie modifié par le Protocole de La Haye, apprécier si l'auteur de l'acte ou de l'omission téméraire, cause de l'accident, avait eu conscience qu'un dommage en résulterait probablement;

Il s'agissait là encore d'une catastrophe aérienne. Toutefois, le même arrêt est répété dans des affaires de transport. Dans l'affaire *C^{te} Le Languedoc c. Société Hernu-Peron*⁹, on dit:

. . . la faute inexcusable du transporteur ou de ses préposés visée par l'article 25 de la Convention de La Haye doit être appréciée objectivement: qu'il convient donc, en l'espèce, de rechercher si le comportement de la Société H.P. révèle, de sa part, la conscience qu'elle aurait dû avoir et de sa témérité et de la possibilité du dommage;

Si j'ai passé en revue la doctrine et la jurisprudence assez longuement, c'est pour montrer qu'il n'y a pas de jurisprudence internationale consistante exigeant une interprétation subjective du membre de phrase «fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement» de l'article 25, modifié par la Convention de La Haye, comme la défenderesse Air Canada le soutient, quoiqu'ait pu être l'intention des parties signataires au moment où il y eut adoption du texte nouveau. J'éprouve quelques difficultés à accepter l'interprétation de la Cour de cassation belge dans l'arrêt *Tondriau* (précité) et dans les autres affaires où l'on adopte l'interprétation subjective car cela mène fatalement à une conclusion somme toute absurde. S'il s'avérait nécessaire d'identifier spécifiquement le voleur dans les cas où il a été conclu que les marchandises ont bien été volées en transit par un préposé ou quelque mandataire agissant dans l'exécution de ses fonctions, pour sonder ses intentions, avant de conclure que ce faisant, il les a volées avec l'intention de causer un dommage, ou témérairement et avec conscience qu'il en résultera probablement un dommage, l'exclusion de la limitation de responsa-

⁸ 1976 R.F.D.A. 105.

⁹ 1976 R.F.D.A. 109, at pages 115-116.

⁸ 1976 R.F.D.A. 105.

⁹ 1976 R.F.D.A. 109, aux pages 115 et 116.

own personal profit and benefit and not with intent to cause damage to his employer or recklessly and with knowledge that damage would probably result, he must be deemed to have knowledge that the theft is damaging to the owner.

If we accept this, and none of the jurisprudence appears to dispute it when the loss can be attributed to a specific individual, surely it is somewhat specious to argue that when the theft has taken place as a result of participation by one or several persons unknown acting within the scope of their employment the intention to cause damage or knowledge that damage would probably result cannot be proved because it is impossible to determine whose intentions must be examined. Any thief or thieves must be aware that damage would probably result even though that was not their specific intent when they stole the package in question. To interpret the Article otherwise would have the effect of rendering it virtually meaningless, and in my view the French Cour de cassation has therefore quite properly adopted the objective approach for forming conclusions.

Although Air Canada's security procedures at the time for the protection of valuable cargo were far from perfect and certainly inferior to those of Swissair which used armoured cars at the Airport and security guards to transport such packages I cannot conclude from the evidence that it was the deficiency in these procedures or the failure to comply with them literally in every respect which resulted in the loss. The principal fault seems to have been the failure to act on the message advising that the valuable cargo was en route (although the receipt of this message is denied, it was more probably mislaid or not properly acted on), the failure to acknowledge to Zurich receipt of the package, and the failure of Air Canada in Zurich, when such acknowledgement had not been received within twelve hours as required by the Regulations, to make enquiries. These errors resulted in delays in determining that the package was missing and in commencing an investigation to locate it. This was not the cause of the loss of the parcel. It was also an act of negligence to have a

bilité ne recevrait que fort rarement application. On peut certes soutenir qu'un voleur s'empare d'objets pour son profit et son bénéfice personnels et non dans l'intention de causer un dommage à son employeur ou téméairement et avec conscience qu'il en résultera probablement un dommage; on peut cependant présumer qu'il savait que le vol causerait un dommage au propriétaire.

Si nous acceptons ce point de vue, et aucune jurisprudence ne paraît le contester lorsque la perte peut être attribuée à un individu particulier, il est manifestement spécieux de soutenir, lorsque le vol a eu lieu par suite de la participation d'un ou de plusieurs individus inconnus, agissant dans l'exercice de leurs fonctions, que l'intention de causer un dommage ou la conscience qu'un dommage en résultera probablement ne peuvent être prouvées parce qu'il est impossible d'identifier ceux dont on doit examiner les intentions. Tout voleur, tous les voleurs, doivent savoir qu'un dommage résultera probablement de leur geste même si ce n'est pas là l'intention particulière qu'ils ont lorsqu'ils volent le colis en cause. Interpréter l'article autrement aurait pour effet de lui enlever toute signification; c'est donc à bon droit à mon avis que la Cour de cassation française a adopté l'interprétation objective.

Certes, les mesures de sécurité prises par Air Canada à l'époque pour assurer la protection des marchandises de valeur étaient loin d'être parfaites et certainement inférieures à celles de Swissair, qui utilisait des véhicules blindés à l'aéroport et des gardes de sécurité pour transporter ce genre de colis; je ne puis cependant conclure, d'après la preuve administrée, que c'est l'absence de ces mesures ou le défaut de les respecter à la lettre qui est responsable de la disparition. La faute principale semble avoir été d'abord le défaut d'agir après réception du message notifiant que la marchandise de valeur était en route (quoique la réception de ce message ait été niée, il est plus probable qu'il ait été égaré ou que l'on n'en ait pas tenu compte), ensuite de n'avoir pas accusé réception du colis ni prévenu Zurich et enfin, pour Air Canada à Zurich, lorsque aucun accusé de réception n'est parvenu après les douze heures réglementaires, de n'avoir pas fait enquête. Ces erreurs sont la cause du retard mis à découvrir l'absence du colis et à ouvrir une enquête pour le retrouver. Elles ne

person under suspicion, employee Y, in charge of the valuable cargo locker, but it must be remembered that at that time justification for suspecting him was not very great, and although he was convicted of theft of air cargo several years later this was not foreseeable at the time of his employment nor at the time that he was put in such a position of trust.

As far as the direct responsibility of Air Canada is concerned therefore I cannot conclude the loss resulted from an act or omission "done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result". This by no means exonerates said defendant however for Article 25 provides the same exclusion of limited liability if the damage resulted from an act or omission of servants or agents of the carrier "done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result" provided that in the case of such act or omission of a servant or agent it is also proved that he was acting within the scope of his employment.

Having already found that it can properly be concluded that the parcel in question was not lost or mislaid but was in fact stolen and that such theft was as the result of concerted action by one or more employees of Air Canada (who also most probably stole the documents which would have resulted in an earlier investigation of the theft taking place), and having concluded that they must have committed this theft with knowledge that damage would probably result, it only remains to decide whether they were acting within the scope of their employment at the time. This in itself is a controversial question. Certainly no employee is employed to steal but since it can be concluded that the employee or employees who participated in the theft were working in the cargo shed or vicinity thereof at the time of the theft it can be argued that it took place in the course of their employment. The jurisprudence has made a clear distinction that the mere fact of being an employee does not mean that the incident has occurred in the course of employment, as for instance if a ticket agent or member of the air

furent pas la cause de sa disparition. Il était aussi fautif d'employer un individu non au-dessus des soupçons, l'employé Y, comme responsable du casier des marchandises de valeur, mais il faut se rappeler qu'à cette époque, on n'avait pas encore grand motif de le soupçonner et, bien qu'il ait été, plusieurs années plus tard, reconnu coupable de vols de cargaison aérienne, cela n'était pas prévisible au moment de son engagement ni à l'époque où il fut affecté à ce poste de confiance.

Donc, pour ce qui est de la responsabilité directe d'Air Canada, je ne puis conclure que la perte a résulté d'un acte ou d'une omission de sa part «fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement». Cela n'exonère nullement cette défenderesse toutefois car l'article 25 prévoit la même exclusion de la limitation de responsabilité si le dommage résulte d'un acte ou d'une omission des préposés du transporteur «fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement» pour autant que dans le cas d'un acte ou d'une omission du préposé, la preuve soit également apportée que celui-ci a agi dans l'exercice de ses fonctions.

Ayant déjà jugé que l'on peut à bon droit conclure que le colis en question n'a pas été perdu ni égaré mais qu'il a effectivement été volé et que ce vol a été le résultat d'une action concertée d'un ou de plusieurs employés d'Air Canada (qui fort probablement ont aussi volé les documents dont l'existence aurait autrement suscité une enquête beaucoup plus tôt), et ayant aussi conclu qu'ils ont dû commettre ce vol en sachant qu'il en résulterait probablement un dommage, il ne reste qu'à établir si ceux-ci ont agi dans l'exercice de leurs fonctions à l'époque. C'est là en soi une question controversée. Certainement, aucun employé n'est engagé pour voler mais puisqu'on peut conclure que le ou les employés qui ont participé au vol travaillaient dans le hangar réservé aux marchandises ou dans ses environs à l'époque du vol, on peut soutenir que ce dernier s'est produit au cours de l'exercice de leurs fonctions. La jurisprudence a opéré une distinction claire disant que le simple fait d'être un employé ne signifie pas que l'incident s'est produit au cours de l'exercice des fonctions comme, par exemple, si un préposé aux billets ou quelque

crew stole from the cargo shed where they were not employed, but the presumption is that this is not what took place and that it was one or more of the employees working in the shed, who handled cargo or had access to it in the course of their employment who stole it. In this connection it is instructive to look at the British case of *Rustenburg Platinum Mines Ltd. v. South African Airways and Pan American World Airways Inc.*¹⁰ on which plaintiff places considerable reliance. In this case a box of platinum was stolen while in transit. Unlike the present case it was decided on the basis of "wilful misconduct" under the former wording of Article 25 adopted in Britain by the *Carriage by Air Acts (Application of Provisions) Order 1967*, and it also found that Pan Am Airways was responsible for such misconduct whereas in the present case I do not find Air Canada directly responsible for the loss of the cargo. The case therefore is not cited as authority on these points. The decision as in the present case is based on a presumption as to the theft having taken place by one or more loaders during the transfer of the parcel from one plane to another. Reference was made at page 574 of the Trial Division Report to the case of *Morris v. C. W. Martin & Sons Ltd.*¹¹ in which Lord Denning M.R. stated at page 69:

... The case raises the important question of how far a master is liable for theft or dishonesty by one of his servants. If the master has himself been at fault in not employing a trustworthy man of course he is liable. But what is the position when a master is not himself at fault?

The law on this subject has developed greatly over the years. During the 19th century it was accepted law that a master was liable for the dishonesty or fraud of his servant if it was done in the course of his employment and for his master's benefit. Dishonesty or fraud by the servant for his own benefit took the case out of the course of his employment. The Judges took this simple view; no servant who turns thief and steals is acting in the course of his employment. He is acting outside it altogether. But in 1912 the law was revolutionised by *Lloyd v. Grace Smith & Co.*, [1912] A.C. 716, where it was held that the master was liable for the dishonesty or fraud of his servant if it was done within the course of his employment, no matter whether it was done for the benefit of the master or the benefit of the servant...

¹⁰ [1977] 1 Lloyd's Rep. 564. Court of Appeal [1979] 1 Lloyd's Rep. 19.

¹¹ [1965] 2 Lloyd's Rep. 63.

membre de l'équipage avait perpétré le vol dans le hangar des marchandises où il n'a pas à travailler, mais présumément ce n'est pas ce qui s'est produit; plutôt, ce sont un ou des employés travaillant dans le hangar, préposés à la manutention des marchandises ou qui y avaient accès dans l'exercice de leurs fonctions qui l'ont volé. A cet égard, il est instructif de considérer l'arrêt anglais *Rustenburg Platinum Mines Ltd. c. South African Airways et Pan American World Airways Inc.*¹⁰ auquel la demande donne une importance considérable. Dans cette affaire, une boîte de platine avait été volée en transit. Contrairement à la présente espèce, elle fut jugée sur la base du «dol» stipulé dans l'ancien texte de l'article 25, adopté en Angleterre par l'ordonnance *Carriage by Air Acts (Application of Provisions) Order 1967*; il fut aussi décidé que Pan Am Airways était responsable du dol alors qu'en l'espèce présente je n'estime pas Air Canada directement responsable de la perte de la marchandise. L'affaire n'est donc pas citée comme précédent sur ces points. La décision comme en l'espèce en cause est fondée sur une présomption que le vol a été perpétré par un ou des chargeurs au cours du transfert du colis d'un avion à un autre. On a cité, à la page 574 du recueil de première instance, l'affaire *Morris c. C. W. Martin & Sons Ltd.*¹¹ dans laquelle lord Denning, M.R., a déclaré à la page 69:

[TRADUCTION] ... L'affaire soulève l'importante question de savoir jusqu'à quel point on doit tenir le maître responsable pour le vol ou la malhonnêteté de l'un de ses préposés. Si le maître a lui-même été en faute en n'employant pas un homme de confiance, il est bien sûr responsable. Mais qu'en est-il lorsque le maître lui-même n'est pas en faute?

Le droit à cet égard a grandement évolué au cours des années. Au cours du 19^e siècle, il était accepté, comme droit, que le maître était responsable de la malhonnêteté voire de la fraude de son préposé si elle avait lieu dans l'exécution de ses fonctions et pour le profit du maître. La malhonnêteté ou la fraude du préposé pour son propre profit faisait que celui-ci n'était plus dans l'exécution de ses fonctions. Les juges avaient cette vue simple des faits: aucun préposé devenu voleur n'agit dans l'exercice de ses fonctions. Il agit en dehors totalement de celles-ci. Mais en 1912 l'arrêt *Lloyd c. Grace Smith & Co.*, [1912] A.C. 716, révolutionna le droit en jugeant le maître responsable de la malhonnêteté ou de la fraude de son préposé s'il était dans l'exercice de ses fonctions que ce soit pour le bénéfice du maître ou pour celui du préposé...

¹⁰ [1977] 1 Lloyd's Rep. 564. Cour d'appel [1979] 1 Lloyd's Rep. 19.

¹¹ [1965] 2 Lloyd's Rep. 63.

At page 575 Ackner J. stated:

Lord Denning, M.R., went on to state that of course the question remained what is meant by the phrase "in the course of his employment". Having stated that the cases were baffling, he concluded that in the ultimate analysis they depend on the nature of the duty owed by the master towards the person whose goods have been lost or damaged. At p. 70 he stated:

The master is under a duty to use due care to keep goods safely and protect them from theft and depredation. He cannot get rid of his responsibility by delegating his duty to another. If he entrusts that duty to his servant, he is answerable for the way in which the servant conducts himself therein. No matter whether the servant be negligent, fraudulent, or dishonest, the master is liable. But not when he is under no such duty.

At page 576 Justice Ackner states:

Accordingly, in English law the theft by Loader A was within the scope of his employment. It was clearly part of his duty to take reasonable care of the package during the operation of loading and stowing it on the aircraft.

and again at page 577:

In all the circumstances I am satisfied on the material that has been placed before me that the construction I have placed on the words "acting in the scope of his employment" is generally, even though not universally, acceptable.

In the appeal decision Lord Denning stated at page 23:

If this loss was caused by the wilful misconduct of a servant or agent of the carrier acting within the scope of his employment, then the carrier can no longer rely on that limit of liability. He is liable for the full value of the cargo.

and again [at pages 23-24] after reviewing previous jurisprudence:

If this box of platinum was stolen by one of the loaders who was entrusted with the task of loading it carefully and securely into the aircraft; if it were stolen by himself or in combined operation with others outside the aircraft; such a person is guilty of wilful misconduct acting within the scope of his employment. It would be different if it had been stolen by a person who had nothing to do with the loading at all — as if it had been stolen by a passenger or one of the cabin staff. Then it would not have been within the scope of the employment of a servant or agent at all — unless it appeared that someone (who was entrusted with the care of the box) was negligent in allowing the passenger or the cabin staff to have access to it. Then of course it would be due to the negligence of that person and it would be within the scope of his employment.

and again at page 24:

To which I may add if that servant is guilty of wilful misconduct in the way he carries out his duty, in so far as he steals the goods himself or combines with others to steal them or allows

A la page 575, le juge Ackner ajoute:

[TRADUCTION] Lord Denning, M.R., poursuivit en disant que, bien entendu, la question demeurait toujours de savoir ce que l'on entendait par l'expression «dans l'exercice de ses fonctions». Après avoir dit que la jurisprudence était déconcertante, il concluait qu'en dernière analyse cela dépendait de la nature de l'obligation dont le maître était débiteur envers celui dont les biens avaient été perdus ou endommagés. A la page 70 il disait:

Le maître a l'obligation de conserver en sûreté les marchandises, et de les protéger du vol et de tout dommage. Il ne peut se débarrasser de cette responsabilité en déléguant son obligation à un autre. S'il charge son préposé de cette obligation, il doit répondre de la manière dont celui-ci l'exécute. Que le préposé soit négligent, qu'il commette une fraude, ou qu'il soit malhonnête, peu importe, le maître est responsable. Mais non s'il n'a pas semblable obligation.

A la page 576, le juge Ackner ajoute encore:

[TRADUCTION] En conséquence, en droit anglais, le vol du chargeur A a été fait dans l'exercice de ses fonctions. Manifestement ses fonctions incluait l'obligation de prendre un soin raisonnable du colis au cours du chargement à bord de l'avion.

et à nouveau, à la page 577:

[TRADUCTION] En tout état de cause, je suis convaincu par les pièces dont on m'a saisi que l'interprétation que j'ai donnée aux termes «agissant dans l'exercice de ses fonctions» est généralement, sinon universellement, acceptable.

En appel, lord Denning a dit à la page 23:

[TRADUCTION] Si cette perte résulta de la faute lourde d'un préposé du transporteur, agissant dans l'exercice de ses fonctions, le transporteur ne peut plus invoquer la limite de responsabilité. Il est responsable pour la pleine valeur de la marchandise.

et à nouveau, [aux pages 23 et 24] après avoir revu la jurisprudence antérieure:

[TRADUCTION] Si cette boîte de platine a été volée par l'un des chargeurs à qui avait été confiée la tâche de la placer soigneusement à bord de l'avion, pour qu'elle soit en toute sécurité, si c'est lui qui l'a volée ou si cela s'est fait avec la complicité d'autres personnes à l'extérieur de l'avion, cet individu est coupable d'une faute lourde dans l'exercice de ses fonctions. Ce serait différent si elle avait été volée par un individu qui n'aurait rien à voir avec le chargement, comme si elle avait été volée par un passager ou par un membre de l'équipage. Alors celui-ci n'aurait évidemment pas été dans l'exercice de ses fonctions — à moins qu'on (un responsable de la garde de la boîte) ait été négligent en laissant quelque passager ou membre d'équipage y avoir accès. Alors, bien entendu, la responsabilité naîtrait de la négligence de cet individu qui serait alors dans l'exercice de ses fonctions.

et encore à la page 24:

[TRADUCTION] Ce à quoi je puis ajouter que si ce préposé est coupable d'une faute lourde dans la manière dont il exerce ses fonctions dans la mesure où il vole les marchandises lui-même

them to steal the goods, then in those circumstances that servant or agent is guilty of wilful misconduct within the scope of his employment.

and again at page 24:

So it seems to me, in agreement with the Judge below, that this box of platinum was stolen by a combined operation, one of the loaders entrusted with the very task of loading it carefully combined with someone in the vehicles outside, whereby he put it in such a position that he was able to pull it out at the crucial moment and steal it from the aircraft. That was certainly wilful misconduct within the scope of his employment.

This question has also aroused considerable controversy in Canada. In the leading Canadian case of *The Governor and Company of Gentlemen Adventurers of England v. Vaillancourt*¹² interpreting article 1054 of the Quebec *Civil Code* in which the words "in the performance of the work for which they are employed" closely resemble the words "acting within the scope of his employment" in Article 25 of the Convention it was held that a Hudson Bay factor who had shot an employee who was drunk and disobedient nevertheless engaged the responsibility of his employer. At page 429 Mignault J. stated:

[TRANSLATION] There appears to me to be no doubt that a master cannot avoid responsibility for the acts of his servant on the pretext that the servant committed a crime for which no mandate had been given him, if it is determined that this crime was committed in the exercise of the functions of the servant.

but he adds:

[TRANSLATION] But it is equally certain that the master is not responsible for the fault or crime which his servant committed outside his functions.

In the case of *Velan-Hattersley Valve Co. Ltd. v. Johnson*¹³ the Quebec Court of Appeal discussed this judgment and the earlier Supreme Court judgment of *Curley v. Latreille*¹⁴. Taschereau J. found that the fact that thefts had been committed by an employee of defendant while he was in charge of merchandise did not justify condemnation of the employer as the proof was based only on suspicion and moreover the thefts were not committed while the employee was in the exercise of his functions but on the occasion of them, despite the fact that the defendant who had the obligation of providing the service of a security guard employed one who

ou s'associe avec d'autres pour les voler ou leur permet de les voler, alors, dans ces circonstances, ce préposé commet une faute lourde dans l'exercice de ses fonctions.

et enfin, toujours à la page 24:

[TRANSLATION] Il me semble donc, comme l'a pensé le juge de première instance, que cette boîte de platine a été volée par l'action combinée de l'un des chargeurs responsables de la tâche même de la charger soigneusement et d'un complice dans les véhicules à l'extérieur, le premier plaçant la boîte en une position permettant de la retirer de l'avion au moment crucial et de la voler. C'était certainement là commettre une faute lourde dans l'exercice de ses fonctions.

Cette question a aussi soulevé une controverse considérable au Canada. L'arrêt de principe canadien *The Governor and Company of Gentlemen Adventurers of England c. Vaillancourt*¹², interprétant l'article 1054 du *Code civil* du Québec, dont les termes «dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés» ressemblent fort aux termes «agi dans l'exercice de leurs fonctions» de l'article 25 de la Convention, a décidé qu'un facteur de la Baie d'Hudson qui avait tué un employé ivre et désobéissant engageait néanmoins la responsabilité de son employeur. A la page 429, le juge Mignault écrit:

Il ne me paraît pas douteux que le maître ne peut se soustraire à sa responsabilité pour les actes de son préposé sous prétexte que le préposé s'est rendu coupable d'un crime pour lequel aucun mandat ne lui avait été donné, s'il est constaté que ce crime a été commis dans l'exercice des fonctions du préposé.

mais il ajouta:

Mais il est également certain que le maître n'est pas responsable du délit ou crime dont son préposé s'est rendu coupable en dehors de ses fonctions.

Dans l'arrêt *Velan-Hattersley Valve Co. Ltd. c. Johnson*¹³, la Cour d'appel du Québec a analysé cet arrêt ainsi que l'arrêt antérieur de la Cour suprême *Curley c. Latreille*¹⁴. Le juge Taschereau avait décidé que le fait que les vols avaient été commis par un employé de la défenderesse alors qu'il était responsable des marchandises ne justifiait pas la condamnation de l'employeur vu que la preuve n'était fondée que sur des soupçons et qu'en outre les vols n'avaient pas été commis alors que l'employé était dans l'exercice de ses fonctions mais à l'occasion de celles-ci, en dépit du fait que la défenderesse, qui avait l'obligation de fournir les

¹² [1923] S.C.R. 414.

¹³ [1971] C.A. 190.

¹⁴ (1920) 60 S.C.R. 131.

¹² [1923] R.C.S. 414.

¹³ [1971] C.A. 190.

¹⁴ (1920) 60 R.C.S. 131.

had been condemned for theft on four different occasions. The learned Judge distinguished the *Hudson Bay* case on the basis that even if the employee had stolen the merchandise it could not be established that he was in the exercise of his functions since what he did was contrary to the obligations assumed toward his employer. The other two Judges of Appeal in their decision seem to have based their findings primarily on the fact it was merely a presumption that the theft would have had to be committed by the employee in question, rather than on the more difficult question of whether if he had committed the theft in question he could have been considered as being in the execution of his functions in doing so. If one looks at the French versions of article 1054 of the Quebec *Civil Code* and Article 25 of the Convention it may be that the Quebec *Civil Code* which uses the words "*dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés*" whereas Article 25 merely says "*dans l'exercice de leurs fonctions*" is more restrictive. The English versions use the words "in the performance of the work for which they are employed" and "within the scope of his employment". Either version of Article 25 appears to allow somewhat more latitude.

I therefore conclude that the presumed theft of the parcel in question by an employee or employees of defendant Air Canada can be brought within the provisions of Article 25 of the Convention as having occurred within the scope of their employment or "*dans l'exercice de leurs fonctions*", the opportunity having occurred while they were working in the cargo shed handling cargo of which the valuable parcel in question would be a part.

Judgment will therefore be rendered for the full amount of the loss fixed by agreement at \$60,400.

INTEREST

The question of interest remains to be considered and is a very important one in view of the lengthy delay in bringing the matter to trial and the rapid escalation in the commercial rate of interest during the period in question. In plaintiff's statement of claim, paragraph 21, as amended, reads:

Plaintiff is entitled to claim interest on the said banknotes at the average prime rate at and from the date of the loss to the date of the judgment.

services d'un garde de sécurité, en avait engagé un condamné pour vol à quatre reprises. L'éminent juge opéra un *distinguo* d'avec l'affaire de la *Baie d'Hudson* parce que, même si l'employé avait volé la marchandise, on ne pouvait établir que c'était dans l'exercice de ses fonctions puisque ce qu'il avait fait était contraire aux obligations qu'il avait assumées envers son employeur. Les deux autres juges du pourvoi semblent avoir fondé leur décision avant tout sur le fait qu'il n'existait qu'une présomption que le vol avait été commis par l'employé en cause, plutôt que sur la question plus difficile de savoir, s'il avait commis le vol en question, si on devait le considérer comme dans l'exercice de ses fonctions ce faisant. Si l'on regarde les versions françaises des articles 1054 du *Code civil* du Québec et 25 de la Convention, il se peut que le *Code civil*, qui emploie les termes «dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés» alors que l'article 25 se borne à dire «dans l'exercice de leurs fonctions», soit plus restrictif. Les versions anglaises emploient les termes «*in the performance of the work for which they are employed*» et «*within the scope of his employment*». L'une et l'autre version de l'article 25 semblent autoriser un peu plus de latitude.

Je conclus donc que le vol présumé du colis en question par un ou des employés de la défenderesse Air Canada peut être considéré comme régi par les dispositions de l'article 25 de la Convention parce qu'il s'est produit dans l'exercice de leurs fonctions ou «*within the scope of [their] employment*», la possibilité de le faire étant apparue alors qu'ils travaillaient dans le hangar réservé aux marchandises, à manipuler des marchandises, dont le colis précieux en cause.

Il y aura donc jugement pour le plein montant de la perte, montant convenu de \$60,400.

L'INTÉRÊT

La question de l'intérêt demeure; elle est fort importante vu le long délai avant l'instruction de l'affaire et l'escalade rapide des taux d'intérêt commerciaux au cours de la même période. Voici le paragraphe 21 de la déclaration de la demanderesse, modifiée:

[TRADUCTION] La demanderesse a droit à l'intérêt sur lesdits billets de banque au taux préférentiel moyen à compter de la date de la perte, courant jusqu'au jour du jugement.

While one of the admissions produced is to the fact that the prime rate from November 6, 1970 to October 6, 1981, amounted to 10.1% this admission was made without prejudice to the right of defendant to argue that only the legal rate of interest should apply.

Section 40 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, provides:

40. Unless otherwise ordered by the Court, a judgment, including a judgment against the Crown, bears interest from the time of giving the judgment at the rate prescribed by section 3 of the *Interest Act*.

This only applies to interest on judgments however.

It is well established that in admiralty law the Court can award interest at its discretion whether the claim arose *ex contractu* or *ex delicto* as an integral part of the damage from the time that the expenditure giving rise to the damage award occurred (see *Canadian Brine Limited v. The "Scott Misener"*¹⁵ and *The Bell Telephone Company of Canada—Bell Canada v. The "Mar-Tirenno"*¹⁶ confirmed in appeal [1976] 1 F.C. 539. This follows the English practice in the exercise of an equitable jurisdiction. I have been referred to no jurisprudence however, nor have I been able to locate any which has awarded interest from the date of damage except by application of provincial rules of law or procedure or by statute save for the aforementioned exception in an admiralty matter. The present case deals with air transport and not with admiralty.

I can find no authority for allowing plaintiff's claim for interest before judgment on an equitable basis. It is the provisions of the Warsaw Convention as amended by The Hague Convention which must be applied here and not the provisions of federal or provincial law whether or not such interest would have been allowed under the laws of the Province of Quebec where the action was tried. From the equitable point of view certainly plaintiff has suffered loss of interest on this money from November 6, 1970, although it can also be said that defendant Air Canada has not benefited from such interest since the money was not in its posses-

¹⁵ [1962] Ex.C.R. 441.

¹⁶ [1974] 1 F.C. 294.

L'un des aveux faits est que le taux préférentiel du 6 novembre 1970 au 6 octobre 1981 s'est élevé à 10.1% mais cet aveu a été fait sans préjudice au droit pour la défenderesse de soutenir que seul le taux légal d'intérêt s'applique.

L'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, dispose:

40. A moins qu'il n'en soit autrement ordonné par la Cour, un jugement, notamment un jugement contre la Couronne, porte intérêt à compter du moment où le jugement est rendu au taux prescrit par l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt*.

Cela ne s'applique qu'à l'intérêt sur les jugements toutefois.

Il est bien établi qu'en droit maritime, la Cour peut accorder l'intérêt à discrétion, que la demande soit contractuelle ou délictuelle, comme une partie intégrante des dommages-intérêts, à compter du moment où la dépense cause de l'attribution des dommages-intérêts a eu lieu (voir *Canadian Brine Limited c. Le «Scott Misener»*¹⁵ et *La Compagnie de Téléphone Bell du Canada—Bell Canada c. Le «Mar-Tirenno»*¹⁶, confirmé en appel par [1976] 1 C.F. 539. Cette jurisprudence suit la pratique anglaise d'exercer une compétence d'équité. On ne m'a cité aucune jurisprudence toutefois, ni n'ai-je été à même de trouver quelque précédent où l'on aurait accordé l'intérêt à compter de la date du dommage, si ce n'est par application des règles de droit ou de procédure provinciales ou d'une législation, sauf, comme mentionné ci-dessus, en matière maritime. L'espèce présente traite de transport aérien, non de droit maritime.

Je ne puis trouver aucun précédent m'autorisant à accorder au nom de l'équité la demande d'intérêt avant jugement de la demanderesse. Ce sont les dispositions de la Convention de Varsovie, modifiées par la Convention de La Haye, qui doivent être appliquées en l'espèce, non les dispositions du droit fédéral ou provincial, qu'un intérêt de ce genre ait ou non été accordé selon le droit de la province de Québec où l'action a été instruite. En équité, certainement la demanderesse a subi une perte d'intérêt sur cet argent à compter du 6 novembre 1970, mais on peut aussi dire que la défenderesse Air Canada n'a pas non plus profité

¹⁵ [1962] R.C.É. 441.

¹⁶ [1974] 1 C.F. 294.

sion either. Article 14 of the Warsaw Convention allows action to be taken either by the consignor or the consignee in their own names whether acting in their own interest or in the interest of another and the parties admit that the Swiss Bank Corporation is the proper plaintiff although it was reimbursed for the loss by its insurer Baloise Insurance Company on November 5, 1971. In practice Swiss Bank Corporation lost interest for a year and the Baloise Insurance Company ever since November 5, 1971.

Article 14(3) of the General Conditions of Carriage of Cargo of Swissair (Exhibit DAC-1) the terms and conditions of which were accepted by plaintiff in delivering the cargo to Swissair for carriage states that "a carrier is not liable for indirect or consequential damage. A carrier shall not be liable for loss of income." Interest is income which would have been derived from the retention of the money. With regret therefore I do not believe that interest prior to judgment can be allowed, nor that the Court should depart from the general practice and allow interest at the commercial rate rather than the legal rate following judgment.

Plaintiff quite properly brought action against both Air Canada and Swissair, Swiss Air Transport Co. Ltd. to whom the cargo was initially delivered for carriage, so that Swissair was obliged to file a defence. Swissair brought a notice of indemnity pursuant to Rule 1730 against Air Canada calling on it to indemnify it against any judgment plaintiff might recover against Swissair as well as all expenses, judicial costs, and legal fees incurred in defending itself against the action.

Plaintiff's action will be maintained with costs against Air Canada only no fault being attributable to Swissair. Swissair's third party proceedings against Air Canada will be maintained with costs including costs incurred by Swissair in contesting plaintiff's action.

de cet intérêt puisque l'argent n'était pas en sa possession. L'article 14 de la Convention de Varsovie autorise tant l'expéditeur que le destinataire à engager l'action en leur nom propre, qu'ils agissent en leur propre intérêt ou dans l'intérêt d'autrui, et les parties reconnaissent que Swiss Bank Corporation est la demanderesse appropriée bien qu'elle ait été remboursée de sa perte par son assureur, Baloise Insurance Company, le 5 novembre 1971. En pratique, Swiss Bank Corporation a perdu l'intérêt d'un an et Baloise Insurance Company, celui ayant couru depuis le 5 novembre 1971.

L'article 14(3) des [TRADUCTION] Conditions générales de transport de marchandises de Swissair (pièce DAC-1) dont la demanderesse a accepté les modalités en délivrant la marchandise à Swissair pour qu'elle la transporte, stipule que [TRADUCTION] «un transporteur n'est pas responsable des dommages indirects ou consécutifs. Le transporteur n'est pas responsable des pertes de revenu.» L'intérêt, c'est le revenu que la conservation de l'argent aurait généré. Avec regret, donc, je ne crois pas que l'intérêt ayant couru antérieurement au jugement puisse être accordé ni que la Cour doive s'écarter de sa pratique habituelle et accorder l'intérêt au taux commercial plutôt qu'au taux légal à compter du jugement.

La demanderesse a, à bon droit, engagé l'action à la fois contre Air Canada et contre Swissair et Swiss Air Transport Co. Ltd., à qui le colis avait d'abord été délivré pour transport, obligeant ainsi Swissair à produire une défense. Swissair appela Air Canada en garantie conformément à la Règle 1730 demandant de l'indemniser de tout jugement que la demanderesse peut recouvrer de Swissair et de tous les frais, frais judiciaires et honoraires d'avocat engagés pour se défendre de l'action.

L'action de la demanderesse sera accueillie, avec dépens, contre Air Canada seulement, aucune faute n'étant attribuable à Swissair. L'appel en garantie de Swissair contre Air Canada sera accueilli, avec dépens, y inclus les dépens engagés par Swissair en contestation de l'action de la demanderesse.