

A-743-81

A-743-81

**Air Canada (Appellant)**

v.

**Swiss Bank Corporation, Swissair and Swiss Air Transport Co. Ltd. (Respondents)**

INDEXED AS: SWISS BANK CORP. v. AIR CANADA

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Lacombe JJ.\*—Montréal, February 17; Ottawa, July 9, 1987.

*Air law — Appeal from Trial judgment awarding damages to respondent, and cross-appeal claiming interest from date of loss at higher than legal rate — Parcel carried by appellant lost in transit — Last person handling parcel appellant's employee in charge of valuable objects — Trial Judge finding loss due to theft by appellant's employees — Appeal dismissed; cross-appeal allowed — Warsaw Convention, Art. 22 limit on liability not applicable pursuant to Art. 25 — Intent to cause damage where theft — Scope of employment — Identity of thieves — In view of generality of Art. 18, in few cases where liability not limited, intending to fully compensate victim for loss, including interest from date of loss — No error by Trial Judge in declining to award interest at higher than legal rate — Art. 18 authorizing interest where Art. 22 not applicable.*

This is an appeal from the Trial judgment ordering Air Canada to pay to the Swiss Bank Corporation the value of a parcel lost in transit. The respondent cross-appealed, arguing that interest should have been awarded from the date of the loss, rather than from the date of judgment, at a rate higher than the legal rate. The pilot had given the parcel to a ramp supervisor, who gave it to another Air Canada employee who was responsible for receiving and storing valuable objects. The parcel had not been seen since. Although the Trial Judge could not find that the parcel had been stolen by the second employee, he concluded that it had been stolen by one or more Air Canada employees.

Under the *Carriage by Air Act*, the carriage of the lost parcel was subject to the provisions of the Warsaw Convention, which in Article 22 imposes a limit on the carrier's liability. Article 25 provides that the Article 22 limits on liability do not apply if the damage resulted from an act or omission of the carrier or his servants done with intent to cause damage, and provided that the servant was acting within the scope of his employment. The Trial Judge applied an objective test to determine whether the fault of the carrier or its employees was

\* Due to ill health, Lacombe J. was unable to participate in this judgment.

**Air Canada (appelante)**

c.

**a Swiss Bank Corporation, Swissair et Swiss Air Transport Co. Ltd. (intimées)**

RÉPERTORIÉ: SWISS BANK CORP. c. AIR CANADA

**b** Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Lacombe\*—Montréal, 17 février; Ottawa, 9 juillet 1987.

*Droit aérien — Appel d'un jugement de la Division de première instance qui accordait des dommages-intérêts à l'intimée, et appel incident concluant à des intérêts depuis le jour de la perte à un taux plus élevé que le taux légal — Perte du colis transporté par l'appelante avant qu'il ne soit livré à son destinataire — La dernière personne qui ait eu le colis en main est l'employé de l'appelante, le responsable des objets de valeur — Le juge de première instance a conclu que la perte résultait du vol des employés de l'appelante — L'appel est rejeté; l'appel incident est accueilli — La limite de la responsabilité édictée à l'art. 22 de la Convention de Varsovie ne s'applique pas conformément à l'art. 25 — Le vol implique l'intention de provoquer un dommage — Exercice des fonctions — Identité des voleurs — Étant donné la généralité des termes de l'art. 18, dans les rares cas où la responsabilité n'est pas limitée, l'intention est que la victime soit complètement indemnisée du dommage subi, ce qui implique des intérêts à compter de la date de la perte — Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en refusant d'accorder des intérêts à un taux plus élevé que le taux légal — L'art. 18 autorise le paiement d'intérêts lorsque l'art. 22 ne s'applique pas.*

Il s'agit d'un appel du jugement de la Division de première instance qui ordonnait à Air Canada de payer à Swiss Bank Corporation la valeur d'un colis perdu en transit. L'intimée a formé un appel incident, prétendant qu'on aurait dû lui accorder des intérêts depuis le jour de la perte, plutôt que celui du jugement, à un taux plus élevé que le taux légal. Le pilote avait confié le colis à un surveillant de piste (*ramp supervisor*), qui l'a remis à un autre employé d'Air Canada, préposé à la réception et à la garde des objets de valeur. Le colis n'a pas été revu depuis lors. Bien que le juge se soit trouvé incapable de dire que le colis avait été volé par le second employé, il a conclu néanmoins qu'il avait été volé par un ou plusieurs employés d'Air Canada.

Le transport du colis perdu était, suivant la *Loi sur le transport aérien*, assujéti aux dispositions de la Convention de Varsovie qui prévoit, à l'article 22, une limite de responsabilité en faveur du transporteur. L'article 25 prévoit que 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 avec l'intention de provoquer un dommage, pour autant que ceux-ci ont agi dans l'exercice de leurs fonctions. Le juge de première instance a

\* Monsieur le juge Lacombe n'a pu, pour cause de maladie, participer à ce jugement.

intentional or reckless. He found that, as the respondent's loss resulted from a theft by the appellant's employees, the thieves must have had an "intent to cause damage", and that the theft occurred within the scope of their employment as the opportunity arose while they were working. The Trial Judge held that the limit on liability did not apply.

*Held*, the appeal should be dismissed, and the cross-appeal should be allowed.

The Trial Judge correctly held that the parcel was stolen by one or more of the appellant's employees. However, he erred in not identifying the thieves as he could not otherwise say that the theft was committed within the scope of their employment. Although the evidence was not sufficient to identify the thieves with absolute certainty, it was sufficient to support a conclusion that in all probability, the theft was committed by certain employees while the parcel was in their custody, as employees of the appellant.

The Court of Appeal was entitled to contradict the Trial Judge on a question of fact because 1) it was an inference that could be drawn from the evidence rather than having to weigh the evidence 2) the Court of Appeal was in as good a position as the Trial Judge to identify the thieves since the evidence consisted of the testimony of the employee who investigated the matter, and 3) the Trial Judge, out of a sense of fairness, did not want to identify the thieves because there was still a reasonable doubt as to their guilt. The Trial Judge having correctly held that the limit on liability did not apply, Air Canada's appeal should be dismissed.

The Trial Judge properly exercised his discretion in not ordering interest at higher than the legal rate. However, the respondent is entitled to interest prior to judgment. As the Article 22 limits on liability do not apply, only paragraphs 18(1) and 23(1) are applicable. Article 18 provides that the carrier is liable for damage sustained in the event of loss of cargo. Apart from exceptional cases, the Convention limits the carrier's liability significantly. In view of the generality of the language of Article 18, in the rare cases in which such liability is not limited, the authors of the Convention intended that the victim be compensated in full for the loss sustained. Thus he should receive compensation which would place him in the situation he would have been in if the loss had not occurred. In this case, that means interest that he would have earned from the date of the loss. The contract of carriage could not divest him of this right pursuant to Article 23, which declares such provisions to be null and void.

The foreign cases cited, in support of the argument that the Convention does not allow interest to be awarded for a period prior to the judgment, actually held that where the limits on liability stated in Article 22 apply, the courts cannot award interest for a period prior to the judgment in addition to the amount of the limit. The limits imposed in Article 22 are limits imposed on the liability created by Article 18. If Article 22

appliqué un critère objectif pour déterminer si la faute du transporteur ou de ses préposés avait un caractère intentionnel ou téméraire. Il a conclu que le dommage subi ayant résulté du vol commis par les préposés de l'appelante, les auteurs du vol avaient nécessairement «l'intention de provoquer un dommage», et qu'ils avaient volé le colis dans l'exercice de leurs fonctions, et qu'ils avaient volé le colis dans l'exercice de leurs fonctions, l'occasion s'étant présentée lorsqu'ils travaillaient. Le juge de première instance a statué que l'appelante ne pouvait bénéficier de la limite de responsabilité.

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté, et l'appel incident devrait être accueilli.

Le premier juge a eu raison de dire que le colis a été volé par un ou plusieurs employés de l'appelante. Il a toutefois commis une erreur en ne précisant pas l'identité des voleurs, car il ne pouvait autrement dire que le vol avait été commis dans l'exercice de leurs fonctions. Bien que la preuve ne lui permit pas d'identifier l'auteur du vol avec une certitude absolue, elle suffisait à autoriser la conclusion que, selon toute probabilité, le vol avait été commis par certains employés lorsque, comme préposés de l'appelante, ils avaient la garde du colis.

La Cour d'appel est autorisée à contredire le juge de première instance sur une question de fait parce que (1) il s'agit d'une inférence à tirer de la preuve plutôt que de l'appréciation de la preuve elle-même, (2) la Cour d'appel est en aussi bonne posture que l'était le juge de première instance pour identifier les auteurs du vol parce que la preuve a consisté dans le témoignage de l'employé de l'appelante ayant fait enquête sur la question, (3) le juge de première instance, par souci d'équité est bien connu, n'a pas voulu identifier les auteurs du vol parce qu'il subsistait encore un doute raisonnable sur leur culpabilité. Le juge de première instance ayant eu raison de conclure que l'appelante ne pouvait bénéficier de la limite de responsabilité, l'appel d'Air Canada devrait être rejeté.

Le juge de première instance a fait un exercice régulier de la discrétion que la loi lui accordait en n'ordonnant pas que son jugement porte intérêt à un taux plus élevé que le taux légal. Toutefois, l'intimée a droit à des intérêts pour la période antérieure au jugement. Comme les limites de responsabilité prévues à l'article 22 ne s'appliquent pas, seuls sont applicables les alinéas 18(1) et 23(1). L'article 18 prévoit que le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de perte de marchandises. Sauf dans des cas exceptionnels, la Convention limite considérablement la responsabilité du transporteur. Étant donné la généralité des termes de l'article 18, dans les rares cas où cette responsabilité n'est pas limitée, les auteurs de la Convention ont voulu que la victime soit complètement indemnisée du dommage subi. Cela suppose qu'elle reçoive une indemnité qui la replace dans la situation qui aurait été la sienne si la perte n'avait pas eu lieu. C'est dire que, en l'espèce, la victime doit recevoir les intérêts qu'elle aurait gagnés à compter de la date de la perte. Les stipulations du contrat de transport ne pouvaient lui faire perdre ce droit car, en vertu de l'article 23, de pareilles stipulations sont nulles et de nul effet.

Dans les décisions étrangères citées à l'appui de la prétention que la Convention ne permet pas d'accorder des intérêts pour une période antérieure au jugement, on a jugé que, dans des cas où s'appliquent les limites de responsabilité prévues à l'article 22 de la Convention, cet article interdit aux tribunaux d'accorder, en sus du montant de la limite, des intérêts pour une période antérieure au jugement. Les limites imposées à l'article

prohibits awarding interest prior to the judgment it must be because Article 18 authorizes such interest to be awarded where Article 22 does not apply.

*Per* Marceau J.: In order to apply Article 25, the Trial Judge had only to find that the parcel had been stolen, and that the theft was committed by one or more of the appellant's employees. With respect to the requirement that the act be done "with intent to cause damage" or "with knowledge that damage would probably result", it does not matter whether a subjective or objective test is applied when it is a case of theft. A theft is necessarily committed with the intent of causing damage as the thief is attempting to permanently deprive the owner of his thing by converting it to his own use.

The test to be applied to determine, in a case of theft, whether an employee was acting within the scope of his employment is whether, because of his duties, the employee had free access to the thing stolen. As no breaking was established where the parcel was located, no entry was made in the register of valuable objects and no trace of documentation could be found, the Trial Judge was justified in concluding that there was sufficiently persuasive evidence that an employee with free access to the parcel had committed or participated in the theft.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Carriage by Air Act*, R.S.C. 1970, c. C-14, Schedule I, Arts. 18, 22 (as am. by Schedule III, Art. XI), 23 (as am. *idem*, Art. XII), 25 (as am. *idem*, Art. XIV).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Swiss Bank Corporation and Others v. Brink's-Mat Ltd. and Others*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 99 (Q.B.D.); *O'Rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi 17,763 (2d Cir. 1984); *Rustenburg Platinum Mines Ltd., Johnson Matthey (Pty.) Ltd. and Matthey Bishop Inc. v. South African Airways and Pan American World Airways Inc.*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 19 (C.A.); *C<sup>e</sup> Saint Paul Fire and Marine c. C<sup>e</sup> Air-France*, [1986] Rev. Franc. de Droit Aer. 428.

##### REFERRED TO:

*Domangue v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi 17,533 (5th Cir. 1984); *Société Financière Mirelis v. Koninklyke Luchtvaart Maatschepi N.V.*, 1968 (Hague District Court).

##### AUTHORS CITED:

Cheng, Bin "Wilful Misconduct: From Warsaw to The Hague and from Brussels to Paris" (1977) II *Ann. Air & Sp. L.* 55.

22 sont des limites imposées à la responsabilité créée par l'article 18. Si l'article 22 empêche que l'on accorde des intérêts pour une période antérieure au jugement, c'est nécessairement parce que l'article 18 autorise l'octroi de ces intérêts dans les cas où l'article 22 ne s'applique pas.

<sup>a</sup> Le juge Marceau: Pour conclure à l'application de l'article 25, le juge de première instance n'avait qu'à décider que le colis avait été volé, et que le vol avait été commis par un employé ou par un groupe d'employés de l'appelante. Pour ce qui est de l'exigence selon laquelle l'acte en cause doit avoir été causé «avec l'intention de provoquer un dommage» ou «avec conscience qu'un dommage en résultera probablement», il importe peu d'appliquer un critère subjectif ou objectif dans le cas du vol. En effet, un vol est nécessairement fait avec l'intention de causer un dommage, le voleur cherchant à priver définitivement le propriétaire de sa chose en la détournant à son profit.

<sup>b</sup> Le test à appliquer pour déterminer, dans un cas de vol, si l'employé était dans l'exercice de ses fonctions consiste à regarder si l'employé, à cause de ses fonctions, avait libre accès à la chose volée. Comme aucune effraction n'a été décelée là où était conservé le colis, aucune inscription n'a été portée au registre de dépôt des objets de valeur et aucune trace documentaire n'a été laissée, le juge de première instance était justifié de penser qu'il existait une preuve suffisamment convaincante qu'un employé ayant libre accès au colis avait commis le vol ou y avait participé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur le transport aérien*, S.R.C. 1970, chap. C-14, annexe I, art. 18, 22 (mod. par l'annexe III, art. XI), 23 (mod. *idem*, art. XII), 25 (mod. *idem*, art. XIV).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Swiss Bank Corporation and Others v. Brink's-Mat Ltd. and Others*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 99 (Q.B.D.); *O'Rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi 17,763 (2d Cir. 1984); *Rustenburg Platinum Mines Ltd., Johnson Matthey (Pty.) Ltd. and Matthey Bishop Inc. v. South African Airways and Pan American World Airways Inc.*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 19 (C.A.); *C<sup>e</sup> Saint Paul Fire and Marine c. C<sup>e</sup> Air-France*, [1986] Rev. Franc. de Droit Aer. 428.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Domangue v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi 17,533 (5th Cir. 1984); *Société Financière Mirelis v. Koninklyke Luchtvaart Maatschepi N.V.*, 1968 (Cour de district de La Haye).

##### DOCTRINE:

Cheng, Bin «Wilful Misconduct: From Warsaw to The Hague and from Brussels to Paris» (1977) II *Ann. Air & Sp. L.* 55.

## COUNSEL:

*J. Vincent O'Donnell, Q.C.* for appellant.  
*Vincent M. Prager* and *Laurent Fortier* for  
 respondent Swiss Bank Corporation.  
*Peter Richardson* for respondents Swissair  
 and Swiss Air Transport Co. Ltd.

## SOLICITORS:

*Lavery, O'Brien*, Montréal, for appellant.  
*Stikeman, Elliott*, Montréal, for respondent  
 Swiss Bank Corporation.  
*Mackenzie, Gervais*, Montréal, for respon-  
 dents Swissair and Swiss Air Transport Co.  
 Ltd.

*The following is the English version of the  
 reasons for judgment rendered by*

PRATTE J.: Air Canada is appealing from a  
 judgment of the Trial Division [[1982] 1 F.C. 756]  
 ordering it to pay the Swiss Bank Corporation  
 ("the respondent") the sum of \$60,400, represent-  
 ing the value of a parcel which Air Canada carried  
 from Zurich to Montréal and which was lost  
 before being delivered to its intended recipient.  
 The respondent also filed a cross-appeal from this  
 judgment, alleging that the Judge should have  
 awarded it interest on the sum of \$60,400 from the  
 date of the loss (rather than that of the judgment)  
 at a rate higher than the legal rate.

The lost parcel contained bank notes. It was  
 delivered to Air Canada on November 5, 1970 to  
 be sent on flight AC 879 to Montréal. It was in  
 fact given to the pilot of the aircraft personally.  
 Shortly before landing in Montréal, he sent a radio  
 message asking for whoever was responsible to  
 meet him and take delivery of the parcel. On  
 arrival, the person who responded was a ramp  
 supervisor, identified by the Trial Judge with the  
 letter "X": the pilot gave him the parcel and  
 obtained a receipt for it. X then apparently went  
 to an area specially equipped to store valuable  
 objects and gave the parcel to another Air Canada  
 employee, identified by the Trial Judge with the  
 letter "Y", who was responsible for receiving and  
 storing such objects. The orders were that this  
 employee was to place the parcel in a vault and  
 enter receipt of it in a special register. He did  
 nothing of the sort and since that day the parcel

## AVOCATS:

*J. Vincent O'Donnell, c.r.* pour l'appelante.  
*Vincent M. Prager* et *Laurent Fortier* pour  
 Swiss Bank Corporation, intimée.  
*Peter Richardson* pour Swissair et Swiss Air  
 Transport Co. Ltd., intimées.

## PROCUREURS:

*Lavery, O'Brien*, Montréal, pour l'appelante.  
*Stikeman, Elliott*, Montréal, pour Swiss Bank  
 Corporation, intimée.  
*Mackenzie, Gervais*, Montréal, pour Swissair  
 et Swiss Air Transport Co. Ltd., intimées.

*Voici les motifs du jugement rendus en français  
 par*

LE JUGE PRATTE: Air Canada fait appel du  
 jugement de la Division de première instance  
 [[1982] 1 C.F. 756] qui l'a condamnée à payer à  
 Swiss Bank Corporation («l'intimée») la somme de  
 60 400 \$ représentant la valeur d'un colis que Air  
 Canada avait transporté de Zurich à Montréal et  
 qui fut perdu avant d'être livré à son destinataire.  
 L'intimée a aussi formé un appel incident de ce  
 jugement prétendant que le juge aurait dû lui  
 accorder les intérêts sur la somme de 60 400 \$  
 depuis le jour de la perte (plutôt que celui du  
 jugement) à un taux plus élevé que le taux légal.

Le colis perdu contenait des billets de banque. Il  
 avait été confié à Air Canada le 5 novembre 1970  
 pour être expédié sur le vol AC 879 à destination  
 de Montréal. En fait, il fut remis en main propre  
 au pilote de l'avion. Celui-ci, peu avant d'atterrir à  
 Montréal, envoya un message radio demandant  
 qu'une personne responsable vienne à sa rencontre  
 pour prendre livraison du colis. À l'arrivée, c'est un  
 «ramp supervisor» [surveillant de piste] que le  
 premier juge identifie par la lettre «X» qui se  
 présenta; le pilote lui remit le colis et se fit délivrer  
 un reçu. X se serait alors dirigé vers un endroit  
 spécialement aménagé pour y garder les objets  
 précieux et aurait donné le colis à un autre  
 employé d'Air Canada, que le premier juge identi-  
 fie par la lettre «Y», qui était préposé à la récep-  
 tion et à la garde de ces objets. Cet employé,  
 suivant les consignes, aurait dû placer le colis dans  
 une voûte et inscrire dans un registre spécial une

has not been seen. However, the loss was not discovered until a month later because all the documents relating to the shipment, which were in the possession of Air Canada, also disappeared.

None of these facts is in dispute. They were established at the hearing by the testimony of the Air Canada employee responsible for investigating the circumstances of the loss. Neither employee X nor employee Y were heard as witnesses. Employee X was in fact served by the respondent, but it did not call him. Employee Y could not be located. He was suspected in 1970 of taking part in the rash of thefts that occurred at the Dorval airport, and in 1976, six years after the incident under consideration, he was sentenced to imprisonment for participating in another theft at Dorval with other Air Canada employees.

Considering the cause of the loss of the parcel, the Trial Judge said [at page 768] he could not say it had been stolen by employee Y:

It would be pure speculation to conclude that he stole it, however. He could have been ... careless in his handling of it ... 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.

Nevertheless, he concluded [at pages 768-769] that the parcel had been stolen by one or more Air Canada employees:

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.

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.

mention de la réception du colis. Il n'en fit rien. Le colis n'a pas été revu depuis ce jour-là. La perte ne fut cependant découverte qu'un mois plus tard parce que tous les documents relatifs à cette expédition qui étaient en la possession d'Air Canada disparurent eux aussi.

Tous ces faits sont constants. Ils furent établis au procès par le témoignage de l'employé d'Air Canada qui avait été chargé de faire enquête sur les circonstances de la perte. Ni l'employé X, ni l'employé Y ne furent entendus comme témoins. L'employé X avait bien été assigné par l'intimée, mais celle-ci ne le fit pas entendre. Quant à l'employé Y, il était introuvable. Dès 1970, on l'avait soupçonné d'avoir participé à l'épidémie de vols qui sévissait alors à l'aéroport de Dorval et, en 1976, six ans après l'incident qui nous intéresse, il avait été condamné à l'emprisonnement pour avoir participé à un autre vol à Dorval avec d'autres employés d'Air Canada.

S'interrogeant sur la cause de la perte du colis, le premier juge affirma [à la page 768] ne pouvoir dire qu'il avait été volé par l'employé Y:

Ce serait pure spéculation, toutefois, que de conclure qu'il l'avait volé. Il peut avoir été ... négligent à cet égard [et] 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 conclut néanmoins [aux pages 768 et 769] que le colis avait été volé par un ou plusieurs employés d'Air Canada:

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 réservés aux marchandises à l'aéroport de Dorval et la disparition inexpiquée 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.

Under the *Carriage by Air Act*,<sup>1</sup> the carriage of the lost parcel was subject to the provisions of the Warsaw Convention, which in Article 22 [as am. by Schedule III, Art. XI] imposes a limit on the carrier's liability. The only problem raised by Air Canada's appeal is as to whether, in the circumstances, it can take advantage of this limit on liability. In particular, the question is whether the damage which the respondent claims compensation for was caused in the circumstances described in Article 25 of the Convention, under which

*Article 25*

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 answer to this question, the Trial Judge first expressed the view that the question of whether the fault of the air carrier or of its employees was intentional or reckless must, as the French Court of Cassation has held, be decided objectively rather than subjectively. He went on to say that, in any case, as the damage suffered by the respondent resulted from a theft committed by the appellant's employees, the perpetrators of the theft must of necessity have had an "intent to cause damage". Finally, on the question of whether the employees of the appellant who stole the parcel acted within the scope of their employment, the Judge concluded as follows [at page 785]:

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.

The Judge accordingly held that, in the circumstances, the appellant could not benefit from the limit on liability.

The appellant made two objections to this judgment: that it adopted the argument of the French Court of Cassation as to how the Court should

<sup>1</sup> R.S.C. 1970, c. C-14.

Le transport du colis perdu était, suivant la *Loi sur le transport aérien*<sup>1</sup>, assujéti aux dispositions de la Convention de Varsovie qui prévoit, à l'article 22 [mod. par l'annexe III, art. XI], une limite de responsabilité en faveur du transporteur. Le seul problème que soulève l'appel d'Air Canada est celui de savoir si cette société peut, en l'espèce, profiter de cette limite de responsabilité. Plus précisément, il s'agit de savoir si le dommage dont l'intimée réclame réparation lui a été causé dans les circonstances décrites à l'article 25 de la Convention aux termes duquel

*Article 25*

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 témérement 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.

Répondant à cette question, le juge de première instance exprima d'abord l'avis que le caractère intentionnel ou téméraire de la faute du transporteur aérien ou de ses préposés doit, comme le décide la Cour de cassation française, s'apprécier de façon objective plutôt que subjective. Il poursuivit en disant que, de toute façon, le dommage subi par l'intimée ayant résulté d'un vol commis par des préposés de l'appelante, les auteurs du vol avaient nécessairement eu «l'intention de provoquer un dommage». Enfin, sur la question de savoir si les préposés de l'appelante qui ont volé le colis ont agi dans l'exercice de leurs fonctions, le juge conclut ainsi [à la page 785]:

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.

Le juge décida donc que l'appelante ne pouvait, en l'occurrence, bénéficier de la limite de responsabilité.

L'appelante fait deux reproches à ce jugement: celui d'avoir épousé la thèse de la Cour de cassation française sur la façon d'apprécier le caractère

<sup>1</sup> S.R.C. 1970, chap. C-14.

assess whether the carrier's fault was intentional or reckless, and secondly, that it concluded that the perpetrators of the theft were the appellant's employees acting within the scope of their employment.

In my opinion, it is not necessary to discuss the appellant's first point as if, as the Judge held, the parcel was stolen by the appellant's employees, the latter as thieves must of necessity have had the intent described in Article 25 of the Convention. The only problem is thus the one presented by the appellant's second point: was the Trial Judge correct in finding, first, that the parcel was stolen by the appellant's employees, and second, that those employees were acting within the scope of their employment at the time?

I think it is beyond question that the Trial Judge was right in saying that the parcel was stolen by one or more of the appellant's employees. The difficulty however is with the Judge's finding that the perpetrators of the theft were acting within the scope of their employment at the time. If the Judge did not know the identity of the employees who took part in the theft, how could he say that the theft was committed within the scope of their employment rather than as an incidental part of their employment?

This difficulty results from the fact that the Trial Judge considered that on the evidence he was unable to identify the perpetrator of the theft. In my view he was in error on this point. Though the evidence did not suffice to identify the perpetrator of the theft with absolute certainty it was more than sufficient to support a conclusion that, in all probability, the theft was committed by employees X or Y, while the parcel was in their custody as employees of the appellant. I know that in saying this I am contradicting the Trial Judge on a question of fact. However, I feel I am entitled to do so for several reasons: first, because it is an inference that can be drawn from the evidence rather than weighing the evidence itself; second, because the gist of the evidence was in fact the testimony by the appellant's employee who investigated the circumstances in which the parcel disappeared, testimony in which he told the Court the results of his investigations, so that this Court is in as good a position as was the Trial Judge to identify the perpetrators of the theft; finally,

intentionnel ou téméraire de la faute du transporteur et, en second lieu, celui d'avoir conclu que les auteurs du vol étaient des préposés de l'appelante agissant dans l'exercice de leurs fonctions.

Il n'est pas nécessaire, à mon avis, de discuter le premier moyen de l'appelante. Car si, comme le juge l'a décidé, le colis a été volé par des préposés de l'appelante, ceux-ci, étant des voleurs, avaient nécessairement l'intention décrite à l'article 25 de la Convention. Le seul problème, c'est donc celui que soulève le second grief de l'appelante: le premier juge a-t-il eu raison de décider, d'une part, que le colis avait été volé par des employés de l'appelante et, d'autre part, que ces employés agissaient alors dans l'exercice de leurs fonctions?

Il me paraît indiscutable que le premier juge a eu raison de dire que le colis a été volé par un ou plusieurs employés de l'appelante. Ce qui fait difficulté, cependant, c'est la conclusion du juge que les auteurs du vol agissaient alors dans l'exécution de leurs fonctions. Si le juge ignorait l'identité des employés ayant participé au vol, comment pouvait-il dire que le vol avait été commis dans l'exécution de leurs fonctions plutôt qu'à l'occasion de leurs fonctions?

Cette difficulté vient de ce que le premier juge a considéré que la preuve ne lui permettait pas d'identifier l'auteur du vol. Or, sur ce point, à mon avis, il s'est trompé. Même si la preuve ne permet pas d'identifier l'auteur du vol avec une certitude absolue, elle est plus que suffisante pour autoriser la conclusion que, selon toute probabilité, le vol a été commis par les employés X ou Y, alors que, comme préposés de l'appelante, ils avaient la garde du colis. Je sais qu'en disant cela je contredis le premier juge sur une question de fait. Je me crois cependant autorisé à le faire pour plusieurs motifs: d'abord, parce qu'il s'agit d'une inférence à tirer de la preuve plutôt que de l'appréciation de la preuve elle-même; ensuite, parce que l'essentiel de la preuve, en l'espèce, a consisté dans le témoignage de l'employé de l'appelante ayant fait enquête sur les circonstances de la disparition du colis, témoignage au cours duquel il a relaté au tribunal les résultats de ses investigations, de sorte que cette Cour-ci est en aussi bonne posture que l'était le premier juge pour identifier les auteurs du

because I suspect that the Trial Judge, with his well-known sense of fairness, did not wish to identify the perpetrators of the theft because there was still a reasonable doubt as to their guilt.

That being so, the Trial Judge in my opinion was right to conclude that in the circumstances the appellant could not benefit from the limit on liability contained in Article 22 of the Warsaw Convention. I would therefore dismiss Air Canada's appeal.

There remains the cross-appeal of the respondent, which argues that, instead of ordering the appellant to pay it the sum of \$60,400 with interest at the legal rate from the date of the judgment, the Trial Judge should have ordered the appellant to pay this sum with interest from the date of the loss to the date of the payment, calculated at the average preferential bank rate for that period.

A distinction has to be made, as it was made by the Trial Judge, between interest claimed for the period preceding the judgment and that claimed for the following period. Section 40 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] provides that, unless the Court orders otherwise, a judgment will bear interest at the legal rate from the date on which it was rendered. The Trial Judge did not see fit to order that his judgment bear interest at a rate higher than the legal rate. There is nothing in the record to indicate that this was not a proper exercise of the discretion conferred on him by law. I would therefore affirm his decision on this point.

The Trial Judge's refusal to award interest on the amount of the compensation for the period prior to the judgment presents a problem that is more difficult to solve.

The respondent's action is based on the Warsaw Convention, or more precisely, the *Carriage by Air Act*, under which the Convention is applicable in Canada. That is why the Federal Court has jurisdiction over this case. Accordingly, reference must be made to the Convention to determine the compensation to which the respondent is entitled.

As in a case such as this the limits on liability mentioned in Article 22 do not apply, the only

voil; enfin, parce que je soupçonne que le premier juge, dont le sens de l'équité est bien connu, n'a pas voulu identifier les auteurs du vol parce qu'il subsistait encore un doute raisonnable sur leur culpabilité.

Cela étant, le premier juge me semble avoir eu raison de conclure que l'appelante ne pouvait, en l'espèce, bénéficier de la limite de responsabilité édictée à l'article 22 de la Convention de Varsovie. Je rejetterais donc l'appel d'Air Canada.

Reste l'appel incident de l'intimée qui prétend que le premier juge, au lieu de condamner l'appelante à lui payer la somme de 60 400 \$ avec intérêts au taux légal depuis le jour du jugement, aurait dû la condamner à payer cette somme avec intérêts, depuis le jour de la perte jusqu'au jour du paiement, calculés au taux bancaire préférentiel moyen pour cette période.

Il faut, comme le premier juge, faire une distinction entre les intérêts réclamés pour la période qui a précédé le jugement et ceux qui sont réclamés pour la période qui le suit. L'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] édicte que, à moins que la Cour n'en ordonne autrement, un jugement porte intérêt au taux légal depuis le jour où il a été prononcé. Le premier juge n'a pas cru opportun d'ordonner que son jugement porte intérêt à un taux plus élevé que le taux légal. Rien dans le dossier ne permet de dire qu'il n'a pas fait là un exercice judicieux de la discrétion que la loi lui accordait. Je confirmerais donc sa décision sur ce point.

Le refus du premier juge d'accorder des intérêts sur le montant de l'indemnité pour la période antérieure au jugement pose un problème plus difficile à résoudre.

L'action de l'intimée est fondée sur la Convention de Varsovie ou, plus exactement, sur la *Loi sur le transport aérien* suivant laquelle la Convention est applicable au Canada. C'est à cause de cela que la Cour fédérale est compétente en l'espèce. C'est donc à la Convention qu'il faut se référer pour déterminer l'indemnité à laquelle l'intimée a droit.

Comme il s'agit ici d'un cas où les limites de responsabilité prévues à l'article 22 ne s'appliquent



provisions of the Convention which are applicable are paragraphs 18(1) and 23(1):

*Article 18*

(1) The carrier is liable for damage sustained in the event of the destruction or loss of, or of damage to, any registered baggage or any cargo, if the occurrence which caused the damage so sustained took place during the carriage by air.

*Article 23*

(1) Any provision tending to relieve the carrier of liability or to fix a lower limit than that which is laid down in this Convention shall be null and void, but the nullity of any such provision does not involve the nullity of the whole contract, which shall remain subject to the provisions of this Convention.

Under paragraph 18(1), therefore, the carrier is "liable for damage sustained in the event of . . . loss of . . . cargo". The question here is as to the consequences of this liability. The answer to this question has to be found in the Convention, since the rules we usually apply in other areas are not applicable here.

Apart from exceptional cases, the Convention limits the carrier's liability significantly. In view of the generality of the language of paragraph 18(1), I think one has to conclude that in the rare cases in which such liability is not limited, the authors of the Convention intended the victim to be compensated in full for the damage sustained. That means that he is to receive compensation which will place him in the situation he would have been in if the loss had not occurred: that is, in a case like the one at bar in which the goods lost consisted of a sum of money, the victim must receive in addition to the amount lost the interest he would undoubtedly have earned if the loss had not taken place. I therefore consider that the Convention gave the respondent the right to claim interest on the sum of money lost from the date on which delivery would ordinarily have been made to the date of the judgment. That being so, contrary to what the Trial Judge held, the provisions of the contract of carriage could not divest him of this right. Under paragraph 23(1) of the Convention, such provisions are null and void.

In support of its argument that the Convention does not allow interest to be awarded for a period

pas, les seules dispositions de la Convention qui soient applicables sont les alinéas 18(1) et 23(1):

*Article 18*

a (1) Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de destruction, perte ou avarie de bagages enregistrés ou de marchandises lorsque l'événement qui a causé le dommage s'est produit pendant le transport aérien.

*Article 23*

b (1) Toute clause tendant à exonérer le transporteur de sa responsabilité ou à établir une limite inférieure à celle qui est fixée dans la présente Convention est nulle et de nul effet, mais la nullité de cette clause n'entraîne pas la nullité du contrat qui reste soumis aux dispositions de la présente Convention.

c Suivant l'alinéa 18(1), donc, le transporteur est «responsable du dommage survenu en cas de . . . perte . . . de marchandises». Il s'agit ici de savoir quelles sont les conséquences de cette responsabilité. La réponse à cette question, c'est dans la Convention qu'il faut la trouver puisque les règles que nous appliquons habituellement en d'autres domaines sont inapplicables en l'espèce.

e La Convention, sauf dans des cas exceptionnels, limite considérablement la responsabilité du transporteur. Il me semble qu'il en faut déduire, étant donné la généralité des termes de l'alinéa 18(1), que dans les rares cas où cette responsabilité n'est pas limitée, les auteurs de la Convention ont voulu que la victime soit complètement indemnisée du dommage subi. Cela suppose qu'elle reçoive une indemnité qui la replace dans la situation qui aurait été la sienne si la perte n'avait pas eu lieu; c'est dire que, dans un cas comme celui-ci où les marchandises perdues consistent en une somme d'argent, la victime doit recevoir, en plus de la somme perdue, les intérêts qu'elle aurait certainement gagnés si la perte n'avait pas eu lieu. Je suis donc d'avis que la Convention donnait à l'intimée le droit de réclamer les intérêts sur la somme d'argent perdue depuis le jour où la livraison aurait normalement dû avoir lieu jusqu'à la date du jugement. Cela étant, les stipulations du contrat de transport ne pouvaient, contrairement à ce qu'a décidé le premier juge, lui faire perdre ce droit. En effet, de pareilles stipulations sont, d'après l'alinéa 23(1) de la Convention, nulles et de nul effet.

j Au soutien de sa prétention à l'effet que la Convention ne permet pas d'accorder d'intérêts

prior to the judgment, the appellant cited two judgments, one British and the other American.<sup>2</sup> In these two cases it was held that, where the limits on liability stated in Article 22 of the Convention apply, this Article prohibits the courts from awarding interest for a period prior to the judgment in addition to the amount of the limit. In my opinion these judgments do not support the appellant's argument. The limits imposed in Article 22 are limits imposed on the liability created by Article 18. If, therefore, Article 22 prohibits the awarding of interest for a period prior to the judgment, this must of necessity be because Article 18 authorizes such interest to be awarded in cases where Article 22 does not apply.

The respondent will accordingly be entitled to interest to compensate it for the loss of income sustained by it prior to the judgment as a result of loss of the parcel. At what rate should such interest be calculated? As there is no evidence to establish the true quantum of the income lost by the respondent, I would calculate this interest at the legal rate.

I would accordingly dismiss the appeal with costs, allow the cross-appeal with costs and vary the judgment *a quo* by inserting, immediately after the words "with interest" in line 2, the following parenthesis:

[at the legal rate from November 6, 1970].

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

MARCEAU J.: I share the view expressed by Pratte J. on both the principal appeal and the cross-appeal. As regards the latter and the refusal of the Trial Judge to award interest on the amount of the compensation, I have nothing to add; but on the principal appeal and the application to the facts of the case at bar of the provisions of Article 25 of the Warsaw Convention, as contained in the *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1970, c. C-14, I

<sup>2</sup> *Swiss Bank Corporation and Others v. Brink's-Mat Ltd. and Others*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 99 (Q.B.D.); *O'Rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi 17,763 (2d Cir. 1984).

See, *contra*, *Domangue v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi 17,533 (5th Cir. 1984).

pour une période antérieure au jugement, l'appelante a cité deux décisions, l'une anglaise, l'autre américaine<sup>2</sup>. Dans ces deux affaires on a jugé que, dans des cas où s'appliquent les limites de responsabilité prévues à l'article 22 de la Convention, cet article interdit aux tribunaux d'accorder, en sus du montant de la limite, des intérêts pour une période antérieure au jugement. Ces décisions, à mon avis, n'appuient pas la thèse de l'appelante. En effet, les limites imposées à l'article 22 sont des limites imposées à la responsabilité créée par l'article 18. Si, en conséquence, l'article 22 empêche que l'on accorde des intérêts pour une période antérieure au jugement, c'est nécessairement parce que l'article 18 autorise l'octroi de ces intérêts dans les cas où l'article 22 ne s'applique pas.

L'intimée a donc droit à l'intérêt pour l'indemniser de la perte de revenus qu'elle a subie avant le jugement en conséquence de la perte du colis. À quel taux cet intérêt doit-il être calculé? Comme il n'existe aucune preuve qui permette d'établir le quantum véritable de la perte de revenus subie par l'intimée, je calculerais cet intérêt au taux légal.

Je rejetterais donc l'appel avec dépens, je ferais droit à l'appel incident avec dépens et je modifierais le jugement attaqué en y insérant, immédiatement après les mots «with interest» [avec intérêt] dans la deuxième ligne, la parenthèse suivante:

[au taux légal à compter du 6 novembre 1970].

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE MARCEAU: Je partage l'avis exprimé par monsieur le juge Pratte tant sur l'appel principal que sur l'appel incident. Au sujet de ce dernier relatif au refus du juge de première instance d'accorder des intérêts sur le montant de l'indemnité, je n'ai rien à ajouter. Mais au sujet de l'appel principal relatif à l'application aux faits de l'espèce des dispositions de l'article 25 de la Convention de Varsovie, telles que contenues dans la *Loi sur le*

<sup>2</sup> *Swiss Bank Corporation and Others v. Brink's-Mat Ltd. and Others*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 99 (Q.B.D.); *O'Rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi 17,763 (2d Cir. 1984).

Voir, en sens contraire: *Domangue v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi 17,533 (5th Cir. 1984).

should briefly like to set forth a more personal opinion.

I have no hesitation in saying with my brother Judge that the Trial Judge had before him what he needed to conclude that, in all probability, the theft was committed by employees X or Y, or at least with their connivance and at a time when they had custody of the parcel. However, I persist in thinking nevertheless that, in order to apply Article 25 of the Warsaw Convention as amended by the Hague Protocol (hereinafter "the Convention") and conclude that the appellant had lost the benefit of the limit on liability it was attempting to assert under Article 23 of the said Convention, the Judge did not need to say any more than he did, namely that the parcel had been stolen and the theft committed by an employee or group of employees of the appellant. It seems to me that once these two findings of fact were made, it became apparent that the two conditions for application of Article 25 of the Convention had been met.<sup>3</sup>

I do not think this can be seriously disputed as to the first condition, namely the requirement of evidence that the act was done "with intent to cause damage" or "with knowledge that damage would probably result". The Trial Judge did refer in the course of his analysis to the controversy which has arisen about whether the question of

<sup>3</sup> For ease of reference I will again reproduce Article 25 of the Convention, in both its French and English versions:

*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.*

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.

*transport aérien*, S.R.C. 1970, chap. C-14, je voudrais brièvement exposer une opinion plus personnelle.

a Je n'ai aucune réticence à m'associer à mon collègue pour dire que le juge de première instance avait devant lui ce qu'il lui fallait pour conclure que, selon toute probabilité, le vol avait été commis par les employés X ou Y, ou à tout le moins avec leur connivence et ce, à un moment où ils avaient la garde du colis. Mais je persiste à penser néanmoins que, pour conclure à l'application de l'article 25 de la Convention de Varsovie, telle qu'amendée par le Protocole de La Haye, (ci-après «la Convention») et partant à la perte par l'appelante du bénéfice de la limitation de responsabilité qu'elle cherchait à faire valoir aux termes de l'article 23 de ladite Convention, le juge n'avait pas besoin de dire plus que ce qu'il a dit, soit que le colis avait été volé et que le vol avait été commis par un employé ou par un groupe d'employés de l'appelante. Il me semble en effet qu'une fois dégagées ces deux conclusions de fait, il devenait évident que les deux conditions auxquelles était soumise la mise en opération de cet article 25 de la Convention étaient remplies<sup>3</sup>.

f Je ne pense pas qu'on puisse sérieusement le contester quant à la première condition, soit celle relative à la preuve que l'acte avait été causé «avec l'intention de provoquer un dommage» ou «avec conscience qu'un dommage en résultera probablement». Le juge de première instance fait bien référence, dans le cours de son analyse, à la con-

<sup>3</sup> Je me permets, pour faciliter la consultation, de reproduire de nouveau cet article 25 de la Convention dans ses deux versions française et anglaise:

*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.*

*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.*

intent mentioned in the provision is to be assessed "subjectively", that is attested and proven as existing in the mind of the perpetrator of the wrongful act himself, which is the opinion of nearly all commentators and most bodies of national case law, or "objectively", that is by inference, referring to the standard of a prudent and reasonable man, as the French Court of Cassation held (see on the controversy the excellent article by Bin Cheng, "Wilful Misconduct: From Warsaw to The Hague and from Brussels to Paris", in the *Annals of Air and Space Law*, vol. II, p. 55, Montréal, McGill University, 1977). In actual fact, however, this controversy can have no bearing on a case of theft, as the thief's state of mind presents no difficulty. A theft is necessarily committed with the intent of causing damage, as by definition the thief is attempting to permanently deprive the owner of his thing by converting it to his own use.

I think that, in the circumstances of the case at bar, taking into account certain facts already established, the same will ultimately have to be said for the second condition, requiring proof that the employee who committed the theft, or at least one of the employees who participated in commission of the theft, must have been acting within the scope of his employment. Here, of course, the conclusion does not necessarily follow. It all depends, first, on the meaning given to the phrase "dans l'exercice de leurs fonctions" ("within the scope of his employment" in the English version). The conclusion is clearly not valid if the condition can only be met when the dishonest employee is the person to whom custody of the thing was given, as Lord Denning, M.R. held in his reasons in the decision of the British Court of Appeal in *Rustenburg Platinum Mines Ltd., Johnson Matthey (Pty.) Ltd. and Matthey Bishop Inc. v. South African Airways and Pan American World Airways Inc.*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 19, at page 24, and even less so if the requirement is for evidence that the dishonest employee committed his crime during his working hours, as the French Court of Cassation held in *C<sup>e</sup> Saint Paul Fire and Marine c. C<sup>e</sup> Air-France*, [1986] R.F.D.A. 428. With respect, however, I would say that such a narrow, strict meaning cannot be given to the phrase with-

troverse qui s'est soulevée sur la question de savoir si l'élément intentionnel dont fait appel la disposition doit être apprécié «subjectivement», c'est-à-dire attesté et prouvé comme ayant existé de fait dans l'esprit de l'auteur même de l'acte fautif, ce que pensent presque tous les commentateurs et la plupart des jurisprudences nationales, ou au contraire «objectivement», soit par inférence, en se référant à un homme prudent et raisonnable, comme l'a décidé la Cour de cassation française (voir au sujet de cette controverse l'excellent article de Bin Cheng, «Wilful Misconduct: From Warsaw to The Hague and from Brussels to Paris», dans les *Annales de Droit aérien et spatial*, vol. II p. 55, Montréal, Université McGill, 1977). Mais, en réalité, cette controverse ne peut avoir de portée dans le cas de vol, car l'état d'esprit du voleur ne saurait faire difficulté. Un vol est nécessairement fait avec l'intention de causer un dommage, le voleur cherchant par hypothèse à priver définitivement le propriétaire de sa chose en la détournant à son profit.

Et je pense que, dans les circonstances de l'es-  
pèce, tenant compte de certaines données de fait déjà acquises, on doit finalement l'admettre tout autant de la deuxième condition, soit celle requérant la preuve que l'employé qui avait commis le vol, ou l'un au moins des employés qui avaient participé à la commission du vol, était dans l'exercice de ses fonctions. Ici, bien sûr, l'affirmation ne va pas de soi. Tout dépend, d'abord, évidemment du sens qu'on donne à l'expression «dans l'exercice de leurs fonctions» («within the scope of his employment» dans la version anglaise). L'affirmation n'est évidemment pas valable si on exige, pour que la condition se réalise, que l'employé-voleur soit celui à qui avait été confiée la garde de la chose, comme le fait lord Denning, M.R., dans ses motifs sous l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *Rustenburg Platinum Mines Ltd., Johnson Matthey (Pty.) Ltd. and Matthey Bishop Inc. v. South African Airways and Pan American World Airways Inc.*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 19, à la page 24, et elle l'est encore moins si on demande la preuve que l'employé-voleur a commis son forfait pendant ses heures de travail, comme l'a décidé la Cour de cassation de France dans son arrêt *C<sup>e</sup> Saint Paul Fire and Marine c. C<sup>e</sup> Air-France*, [1986] R.F.D.A. 428. Mais, je me permets de penser, avec respect, qu'on ne saurait attribuer un sens aussi

out running the risk of removing all practical significance from the exception to the limit on liability which is the purpose of Article 25 of the Convention, an exception which I regard as fundamental in that it determines the extent to which, in order to encourage the development of the transportation industry, the user public is made to assume the risk of recklessness, error, negligence or malfeasance by the carrier. In my view, the test to be applied to determine in a case of theft whether an employee was within the scope of his employment is the one which some courts have adopted and which consists in seeing whether because of his duties the employee had free access to the thing stolen (see *inter alia* the decision of the Hague District Court in *Société Financière Mirelis v. Koninklyke Luchtvaart Maatschepi N.V.*, 1968). I admit that everything also hinges on the possibility of showing that the employee was within the scope of his employment even when the precise identity of that employee is unknown but I think it is hard to dispute that such a possibility exists. The evidence of a fact may be presented indirectly and by inference, from an analysis of the circumstances and a study of the possibilities, provided that a sufficient degree of probability can be established as a result. In my view, taking into consideration that no breaking was established in the area where the parcel was located, that no entry was made in the register of valuable objects and that no trace of documentation could be found, the Trial Judge was justified in thinking that there was sufficiently persuasive evidence that an employee with free access to the parcel and the documentation establishing its movements had committed the theft or at least participated in it.

I am accordingly entirely of the opinion of Pratte J. that the principal appeal should be dismissed and I would dispose of the cross-appeal as he suggests.

étroit et strict à l'expression sans risquer d'enlever tout effet pratique significatif à cette exception à la limitation de responsabilité qu'entend apporter l'article 25 de la Convention, une exception qui me semble fondamentale en ce qu'elle détermine jusqu'à quel point, pour encourager le développement de l'industrie du transport, on a fait assumer par le public utilisateur le risque d'imprudence, d'erreur, de négligence ou de malfaçon du transporteur. À mon avis, le test à appliquer pour déterminer, dans un cas de vol, si l'employé était dans l'exercice de ses fonctions est celui qu'une certaine jurisprudence a retenu et qui consiste à regarder si l'employé, à cause de ses fonctions, avait libre accès à la chose volée, (voir notamment la décision de la Cour de district de La Haye dans *Société Financière Mirelis v. Koninklyke Luchtvaart Maatschepi N.V.*, 1968). Tout dépend aussi, je le reconnais, de la possibilité de prouver que l'employé était dans l'exercice de ses fonctions même si on ne sait pas de quel employé précisément il s'agissait. Mais là je pense qu'il est difficile de contester que cette possibilité existe. La preuve d'un fait peut être apportée de façon indirecte et par inférence, à partir d'une analyse des circonstances et d'une étude des possibilités, pourvu qu'on en puisse dégager la démonstration d'une probabilité suffisante. À mon avis, tenant compte de ce qu'aucune effraction dans le local où le colis devait se trouver n'a été décelée, qu'aucune entrée dans le registre de dépôt des objets de valeur n'a été faite, qu'aucune trace documentaire n'a été laissée, le juge de première instance était justifié de penser qu'une preuve suffisamment convaincante existait à l'effet qu'un employé ayant libre accès au colis et à la documentation attestant de son déplacement avait commis le vol ou tout au moins y avait participé.

Ainsi, suis-je tout à fait de l'avis de monsieur le juge Pratte que l'appel principal doit être rejeté et je disposerais de l'appel incident comme il le suggère.