

T-806-83

T-806-83

Harry Richer Furs Inc. (Plaintiff)

v.

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

INDEXED AS: HARRY RICHER FURS INC. v. SWISSAIR

Trial Division, Dubé J.—Montréal, November 3, 4, December 3; Ottawa, December 22, 1987.

Air law — Action to recover value of carton of furs disappearing in transit — Defendants pleading limitation of liability under Warsaw Convention, Art. 22(2)(a) — Plaintiff relying on Convention, Art. 25 — Plaintiff not discharging onus of proving defendants acting with intent to cause damage or recklessly knowing damage would probably result — Insufficient evidence to establish theft — American case law inapplicable as U.S.A. not adopting amended version of Art. 25 under Hague Protocol.

The plaintiff's action was to recover \$13,994.64, the value of one carton of fur garments which disappeared in transit. The defendants relied on paragraph 22(2)(a) of the Warsaw Convention, which would limit their liability to \$531.12. The plaintiff relied on Article 25 of the Convention, which provides for full liability when the damage results 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 will probably result.

Held, the action should be dismissed.

The onus was on the plaintiff to establish that the defendants acted with intent to cause damage or recklessly while knowing that damage would probably result from their act or omission.

There was insufficient evidence for a finding of theft. Many possibilities were suggested as to how the carton was lost, but none was substantiated by solid evidence. The alleged omission of the reservation agent, who waited to put a tracer on the lost carton until the off-loading was completed, was not done with intent to cause damage, or recklessly with knowledge that damage would probably result.

In order to negate the limitation found in paragraph 22(2)(a) and apply the exception in Article 25, there must be more than ordinary negligence on the part of the carrier. *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, where it was found that servants of the air carrier had stolen the package, was distinguished. In a case of theft, knowledge that damage will result is obvious. Where cargo is lost, a ruling that reckless negligence is necessarily

Harry Richer Furs Inc. (demanderesse)

c.

Swissair et Swiss Air Transport Co. Ltd. (défenderesses)

RÉPERTORIÉ: HARRY RICHER FURS INC. c. SWISSAIR

Division de première instance, juge Dubé—Montréal, 3 et 4 novembre, 3 décembre; Ottawa, 22 décembre 1987.

Droit aérien — Action en recouvrement de la valeur d'un carton de fourrures qui a disparu en cours de voyage — Les défenderesses invoquent la limitation de responsabilité prévue à l'Art. 22(2)a) de la Convention de Varsovie — La demanderesse s'appuie sur l'Art. 25 de la Convention — La demanderesse ne s'est pas acquittée de l'obligation de prouver que les défenderesses avaient agi soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement — Il n'y a pas de preuves permettant de conclure au vol — La jurisprudence américaine ne s'applique pas puisque les États-Unis n'ont pas adopté la version modifiée de l'Art. 25 introduite par le Protocole de la Haye.

L'action de la demanderesse visait à recouvrer la somme de 13 994,64 \$, soit la valeur d'un carton d'articles vestimentaires en fourrure qui a disparu en cours de voyage. Les défenderesses ont invoqué l'alinéa 22(2)a) de la Convention de Varsovie, qui limiterait leur responsabilité à 531,12 \$. La demanderesse s'est appuyée sur l'Article 25 de la Convention, qui prévoit une responsabilité intégrale 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 témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera.

Jugement: l'action devrait être rejetée.

Il incombait à la demanderesse d'établir que les défenderesses avaient agi soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement avec conscience qu'un dommage résulterait de leur acte ou de leur omission.

Il n'y avait pas de preuves permettant de conclure au vol. Diverses possibilités ont été évoquées quant à la façon dont le carton avait été perdu, mais aucune n'a été étayée de preuves concrètes. L'omission alléguée de l'agent des réservations, qui a attendu jusqu'à l'achèvement du déchargement pour émettre des avis de recherche concernant le carton perdu n'a pas été faite soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement.

Pour rejeter la limitation prévue à l'alinéa 22(2)a) et appliquer l'exception prévue à l'Article 25, il faut qu'il y ait plus qu'une négligence ordinaire de la part du transporteur. L'affaire *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, où il a été conclu que les préposés du transporteur aérien avaient volé le colis, se distingue de l'espèce. En cas de vol, la conscience qu'un dommage en résultera est évidente. Lorsqu'une cargaison est perdue, statuer

implied would render the limitation of liability provisions of the Convention void.

American case law is of little assistance when Article 25 is at issue as the United States has not adopted the new version under the Hague Protocol.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage by Air Act, R.S.C. 1970, c. C-14, Schedule I, Arts. 22(2)(a) (as am. by Schedule III, Art. XI), 25 (as am. *idem*, Art. XIII).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Swiss Bank Corp. v. Air Canada, [1982] 1 F.C. 756 (T.D.); *affd.* [1988] 1 F.C. 71 (C.A.).

REFERRED TO:

Reiner v. Alitalia Airlines, 9 Avi. 18,228 (N.Y. Sup. Ct. 1966); *Perera Co. Inc. v. Varig Brazilian Airlines, Inc.*, 19 Avi. 17,810 (2d Cir. 1985); *Lerakoli, Inc. v. Pan American World Airways, Inc.*, 19 Avi. 18,131 (2d Cir. 1986); *O'Rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi. 17,763 (2d Cir. 1984); *Shawinigan, Ltd. v. Vokins & Co., Ltd.*, [1961] 3 All E.R. 396 (Q.B.D.); *Lacroix Baartmans et autres c. Swiss Air*, [1973] R.F.D.A. 75 (Tribunal Fédéral Suisse); *Syndicat d'assurances des Lloyd's et autres c. Sté Aérofret, Cie Alitalia et Cie U.T.A.*, [1969] R.F.D.A. 397 (Cour de Cassation (Ch. com.)); *Horabin v. British Overseas Airways Corpn.*, [1952] 2 All E.R. 1016 (Q.B.D.).

AUTHORS CITED

Chauveau, Paul "La faute inexcusable" (1979), 4 *Ann. Air & Sp. L.* 3.
Cheng, Bin "Wilful Misconduct: From Warsaw to The Hague and from Brussels to Paris" (1977) II *Ann. Air & Sp. L.* 55.

COUNSEL:

Howard C. Ginsberg for plaintiff.
Jean Saint-Onge for defendants.

SOLICITORS:

Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro, Montréal, for plaintiff.
Lavery, O'Brien, Montréal, for defendants.

que la négligence téméraire est nécessairement implicite reviendrait à anéantir les dispositions portant limitation de responsabilité de la Convention.

Lorsqu'il s'agit de l'Article 25, la jurisprudence américaine n'est d'aucun secours puisque les États-Unis n'ont pas adopté l'article nouveau introduit par le Protocole de la Haye.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur le transport aérien, S.R.C. 1970, chap. C-14, annexe I, Art. 22(2)a) (mod. par annexe III, Art. XI), 25 (mod., *idem*, Art. XIII).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Swiss Bank Corp. c. Air Canada, [1982] 1 C.F. 756 (1^{re} inst.); confirmé par [1988] 1 C.F. 71 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Reiner v. Alitalia Airlines, 9 Avi. 18,228 (N.Y. Sup. Ct. 1966); *Perera Co. Inc. v. Varig Brazilian Airlines, Inc.*, 19 Avi. 17,810 (2d Cir. 1985); *Lerakoli, Inc. v. Pan American World Airways, Inc.*, 19 Avi. 18,131 (2d Cir. 1986); *O'Rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi. 17,763 (2d Cir. 1984); *Shawinigan, Ltd. v. Vokins & Co., Ltd.*, [1961] 3 All E.R. 396 (Q.B.D.); *Lacroix Baartmans et autres c. Swiss Air*, [1973] R.F.D.A. 75 (Tribunal Fédéral Suisse); *Syndicat d'assurances des Lloyd's et autres c. Sté Aérofret, Cie Alitalia et Cie U.T.A.*, [1969] R.F.D.A. 397 (Cour de Cassation (Ch. com.)); *Horabin v. British Overseas Airways Corpn.*, [1952] 2 All E.R. 1016 (Q.B.D.).

DOCTRINE

Chauveau, Paul "La faute inexcusable" (1979), 4 *Ann. Air & Sp. L.* 3.
Cheng, Bin "Wilful Misconduct: From Warsaw to The Hague and from Brussels to Paris" (1977) II *Ann. Air & Sp. L.* 55.

AVOCATS:

Howard C. Ginsberg pour la demanderesse.
Jean Saint-Onge pour les défenderesses.

PROCUREURS:

Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro, Montréal, pour la demanderesse.
Lavery, O'Brien, Montréal, pour les défenderesses.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DUBÉ J.: Five cartons of fur garments were shipped by the plaintiff from Zurich, Switzerland via Swissair to itself in Montréal, Quebec. Upon delivery to the plaintiff at Mirabel on September 11, 1982, one carton valued at \$13,994.64 (Can.) was missing. The plaintiff's action is for recovery of that amount plus costs.

The defendants plead limitation of liability under paragraph 22(2)(a) of the Warsaw Convention, (Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, signed at Warsaw on October 12, 1929 as amended by the Hague Protocol of 1955 incorporated in the *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1970, c. C-14 as Schedules I, II and III). The limitation provides for 250 francs per kilogram, which amounts to \$531.12 with respect to the package involved. It is common ground that the amount tendered by the defendants in Court is sufficient to cover that amount and costs.

Paragraph 22(2)(a) of the Warsaw Convention relied upon by the defendants reads in part as follows:

Article 22

(2)(a) In the carriage of registered baggage and of cargo, the liability of the carrier is limited to a sum of two hundred and fifty francs per kilogramme, unless the passenger or consignor has made, at the time when the package was handed over to the carrier, a special declaration of interest in delivery at destination and has paid a supplementary sum if the case so requires

On the other hand, the plaintiff relies upon Article 25 of the Convention, as amended by the Hague Protocol, which provides for full liability under certain circumstances. It reads:

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.

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

LE JUGE DUBÉ: Cinq cartons d'articles vestimentaires en fourrure ont été expédiés par la demanderesse par Swissair, de Zurich, en Suisse, à elle-même à Montréal (Québec). À la livraison à la demanderesse à Mirabel le 11 septembre 1982, il manquait un carton évalué à 13 994,64 dollars canadiens. Cette action de la demanderesse vise à recouvrer ce montant ainsi que les dépens.

Les défenderesses invoquent la limitation de responsabilité prévue à l'alinéa 22(2)a) de la Convention de Varsovie (Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Varsovie le 12 octobre 1929, modifiée par le Protocole de la Haye de 1955 et incorporée dans la *Loi sur le transport aérien*, S.R.C. 1970, chap. C-14, aux annexes I, II et III). Cette limite se fixe à 250 francs par kilogramme, ce qui donne 531,12 \$ pour le carton en cause. Il est constant que la somme consignée en justice par les défenderesses suffit à couvrir ce montant ainsi que les dépens.

Voici le passage applicable de l'alinéa 22(2)a) de la Convention de Varsovie, qu'invoquent les défenderesses:

Article 22

(2)a) Dans le transport de bagages enregistrés et de marchandises, la responsabilité du transporteur est limitée à la somme de deux cent cinquante francs par kilogramme, sauf déclaration spéciale d'intérêt à la livraison faite par l'expéditeur au moment de la remise du colis au transporteur et moyennant le paiement d'une taxe supplémentaire éventuelle . . .

De son côté, la demanderesse invoque l'Article 25 de la Convention tel qu'il a été modifié par le protocole de la Haye, qui prévoit la responsabilité intégrale dans certains cas. Le voici:

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 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.

That Article 25 substantially modifies the original Article 25 of the Warsaw Convention which read as follows:

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.

The distinction between the two articles is particularly relevant as some countries, including the United States, have not adopted the new version under the Hague Protocol. Thus, the American jurisprudence¹ cannot be of much assistance in this matter.

In this case, therefore, the central issue to be resolved is whether or not the loss of the carton resulted from an act or omission on the part of the carrier (the defendants), his servants or agents (while acting within the scope of their employment) with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result. The onus, therefore, is on the plaintiff to establish, not merely that the defendants were negligent, but that they acted with intent to cause damage or recklessly while knowing that damage would probably result from their action or omission. It is clearly an onerous burden to overcome.

Admittedly, under clean airwaybill of lading number 085-92895924 dated at Zurich, Switzerland on September 10, 1982 the defendants acknowledged receipt at Zurich of 5 cartons containing various fur garments in good order and condition for carriage to and delivery at Montréal, Quebec. It is also admitted that, at all material times, the plaintiff was the owner of the cargo.

¹ Counsel for both parties have cited American jurisprudence: *Reiner v. Alitalia Airlines*, 9 Avi. 18,228 (N.Y. Sup. Ct. 1966); *Perera Co. Inc. v. Varig Brazilian Airlines, Inc.*, 19 Avi. 17,810 (2d Cir. 1985); *Lerakoli, Inc. v. Pan American World Airways, Inc.*, 19 Avi. 18,131 (2d Cir. 1986); *O'Rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi. 17,763 (2d Cir. 1984).

Cet Article 25 a considérablement modifié l'ancien Article 25 de la Convention de Varsovie:

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 distinction entre ces deux textes est particulièrement importante puisque certains pays, dont les États-Unis, n'ont pas adopté l'article nouveau, introduit par le Protocole de la Haye. Aussi la jurisprudence américaine¹ n'est-elle d'aucun secours en l'espèce.

Il échet par conséquent d'examiner si la perte du carton résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur (les défenderesses) ou de ses préposés (agissant dans l'exercice de leurs fonctions), soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement. Il incombe donc à la demanderesse d'établir non seulement que les défenderesses ont fait preuve de négligence, mais qu'elles ont agi soit avec l'intention de provoquer un dommage soit témérement avec conscience qu'un dommage résultera probablement de leur acte ou de leur omission. Voilà un fardeau dont il est manifestement difficile de se décharger.

Il est constant que par lettre de transport aérien sans réserves n° 085-92895924 daté du 10 septembre 1982 à Zurich, en Suisse, les défenderesses ont accusé réception de 5 cartons contenant divers articles vestimentaires en fourrure en bon état pour le transport et la livraison à Montréal (Québec). Il est également constant que pendant tout le temps en cause, la demanderesse était le propriétaire de la cargaison.

¹ Les avocats des deux parties ont cité la jurisprudence américaine: *Reiner v. Alitalia Airlines*, 9 Avi. 18,228 (N.Y. Sup. Ct. 1966); *Perera Co. Inc. v. Varig Brazilian Airlines, Inc.*, 19 Avi. 17,810 (2d Cir. 1985); *Lerakoli, Inc. v. Pan American World Airways, Inc.*, 19 Avi. 18,131 (2d Cir. 1986); *O'Rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 18 Avi. 17,763 (2d Cir. 1984).

It has been clearly established as well that the defendants failed to deliver to the plaintiff one carton of fur garments. However, the evidence tendered at the trial provides no definitive explanation as to why the carton was lost and never found. Many possibilities were suggested, including the possibility of theft and insufficient security protection, but no particular theory can be positively identified as being a conclusive solution to the problem.

In fact, none of the witnesses ever saw the missing carton either at the Zurich Airport or on board the aircraft or at the Mirabel Airport. A. I. Mascle, a former cargo manager for KLM Royal Dutch Airlines, called as an expert by the plaintiff, outlined four possibilities as to what might have happened to the missing cargo (paragraph 33 of his affidavit):

- a) the box in question was short-loaded in the unit;
- b) the box in question was short-loaded on the flight;
- c) the box in question was loaded elsewhere on the flight,
 - i) amongst other cargo for Montreal; or
 - ii) amongst cargo for Toronto on the same flight.

Peter Bernhard, presently manager for Swissair at New York and formerly at Zurich, described several irregularities that might lead to the loss of a parcel at the Zurich Airport (abridged from his evidence):

1. loading on the wrong pallet at the airport warehouse thus leading to the wrong destination;
2. short shipment: parcels left behind;
3. mislabelling in the warehouse;
4. damaged parcels set aside for repairs, which disappear;
5. short shipment or non-delivery of one parcel by the shipper himself;
6. goods placed in the wrong area;
7. mislabelling of the parcels by the shipper or his agent.

Other witnesses offered hypothetical possibilities as to what might have happened to the missing carton of furs, none of which were substantiated by solid evidence.

There is however an alleged omission on the part of a servant of the carrier which deserves some consideration. The cargo in question had been loaded into igloos, which are containers placed on board aircraft. The Swissair aircraft landed at Mirabel on Saturday, September 11, 1982 at 3:30

De même, il est établi que les défenderesses ont omis de livrer à la demanderesse un carton d'articles vestimentaires en fourrure. Cependant, les preuves et témoignages produits au procès n'ont pu donner aucune explication définitive de la perte de ce carton. Diverses possibilités ont été évoquées, dont celle du vol et du manque de protection, mais aucune théorie avancée ne peut être retenue comme la solution concluante du problème.

En fait, aucun des témoins n'avait jamais vu le carton manquant, que ce fût à l'aéroport de Zurich, ou à bord de l'avion, ou encore à l'aéroport de Mirabel. A. I. Mascle, ancien directeur du fret de KLM Royal Dutch Airlines, cité à titre d'expert par la demanderesse, énumère quatre possibilités au sujet du colis manquant (paragraphe 33 de son affidavit):

- d* [TRADUCTION] a) la boîte en question manquait à la cargaison;
- b) la boîte en question manquait au chargement à bord;
 - c) la boîte en question était chargée à bord, mais,
 - i) parmi d'autres marchandises à destination de Montréal; ou
 - ii) parmi les marchandises à destination de Toronto.

Peter Bernhard, ancien directeur de Swissair à Zurich et actuellement posté à New York, énumère les nombreuses irrégularités qui pourraient se traduire par la perte d'un colis à l'aéroport de Zurich (résumé de son témoignage):

1. chargement sur la mauvaise palette à l'entrepôt de l'aéroport, ce qui signifie une mauvaise destination;
2. manque à l'expédition: colis laissés derrière;
3. mauvais étiquetage à l'entrepôt;
4. disparition subséquente de colis endommagés, mis de côté pour réfection;
5. manque à l'expédition ou non-délivrance d'un colis par l'expéditeur lui-même;
6. marchandises placées dans le mauvais secteur;
7. étiquetage erroné des colis par l'expéditeur ou son agent.

D'autres témoins ont avancé diverses hypothèses relatives au carton manquant, mais aucune de ces hypothèses n'a été étayée de preuves concrètes.

Cependant l'allégation d'omission de la part d'un préposé du transporteur mérite une certaine attention. La cargaison dont il s'agit a été chargée dans des igloos, c'est-à-dire des conteneurs destinés au transport aérien. L'avion de Swissair a atterri à Mirabel le samedi 11 septembre 1982 à 15 h 30.

p.m. The igloos were taken on board trolleys into the Swissair warehouse at about 4:30 p.m. Raouf Dimitri, the Swissair reservation agent, proceeded to off-load the igloo in which all the cartons of the plaintiff's shipment were to have been stuffed, according to the manifest, and realized that one was missing in that igloo. He testified that he thought that the missing parcel would be found in one of the other igloos. At the completion of his shift at 6:00 p.m., he left for home. The warehouse being closed on Sunday, it was only on Monday that he finally ascertained that the missing parcel was not to be found in any of the other igloos. Tracers were sent out Monday at noon.

Mr. Dimitri was asked point-blank by counsel whether he had himself stolen the box. He answered in the negative. He appeared credible to me and I was given no reasons to suspect his honesty. No charges were ever laid against him in that connection and there are no blemishes on his record.

In the view of Mr. Mascle, the aforementioned expert, "the quicker cargo is traced, the better the chance that it will not be lost forever". In his opinion "waiting for Monday before advising of the shortage was irresponsible". Other experts disagreed and felt that there being no activities in the warehouse on Sunday, it was proper to wait for Monday to continue the off-loading and no tracer ought to have been issued until the off-loading of all the igloos was completed. Mr. Arthur Robert Fehlmann, cargo sales and service manager for Lufthansa testified that he would have waited till Monday under the circumstances so as to complete the search and ascertain the loss.

In my view, although the alleged omission was that of a servant of the carrier, it cannot be found that it was done with intent to cause damage or recklessly with the knowledge that damage would probably result.

There is controversy as to whether the intent to

Les igloos ont été dirigés par chariot sur l'entrepôt de Swissair vers 16 h 30. Raouf Dimitri, l'agent des réservations de Swissair, a procédé au déchargement de l'igloo dans lequel la cargaison de la demanderesse avait dû être chargée selon le manifeste, et s'est aperçu qu'il manquait un colis. Selon son témoignage, il a pensé que le colis manquant devait se trouver dans l'un des autres igloos. Il est rentré chez lui à la fin de son quart à 18 heures. L'entrepôt étant fermé le dimanche, ce n'est que lundi qu'il s'est finalement aperçu que le colis manquant ne se trouvait dans aucun des autres igloos. Des avis de recherche ont été émis ce lundi à midi.

L'avocat de la demanderesse a demandé à brûle-pourpoint à M. Dimitri s'il avait lui-même volé la boîte. Celui-ci a répondu par la négative. Il me paraissait digne de foi et personne ne m'a donné aucune raison de mettre en doute son honnêteté. Il n'a jamais fait l'objet d'aucune poursuite à cet égard, et son état de service est sans taches.

De l'avis de M. Mascle, l'expert susmentionné, [TRADUCTION] «plus vite on retrouve les traces de la cargaison, meilleures sont les chances de ne pas la perdre pour de bon». Il estime que c'était [TRADUCTION] «faire preuve d'irresponsabilité que d'attendre jusqu'à lundi pour signaler le manque». D'autres experts ne sont pas de cet avis et estiment que l'entrepôt étant fermé le dimanche, il convenait d'attendre à lundi pour poursuivre le déchargement et qu'il n'y avait lieu d'émettre aucun avis de recherche avant que les igloos ne fussent tous déchargés. M. Arthur Robert Fehlmann, directeur du fret ventes et service chez Lufthansa, déclare en témoignage qu'en l'occurrence, il aurait attendu jusqu'à lundi pour finir les recherches et établir la perte.

À mon avis, bien qu'une omission eût été reprochée à un préposé du transporteur, on ne peut conclure qu'elle a eu lieu avec l'intention de provoquer un dommage, ou témérement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement.

La controverse existe encore quant à la question de savoir si l'intention de provoquer un dommage

cause damage ought to be objective or subjective.² I do not however consider it necessary in this instance to settle that issue as even if I were to apply the interpretation most beneficial to the plaintiff, the objective test, I still cannot find intent to cause damage or recklessness on the part of the defendants.

The international jurisprudence has established that in order to negate the limitation afforded under paragraph 22(2)(a) of the Convention and apply the exception provided under Article 25, there must be more than ordinary negligence on the part of the carrier. Depending upon the particular country in which the case is heard, the act or omission has been variously described as "grossly careless"³ or "faute lourde"⁴ or "faute inexcusable"⁵ or "wilful misconduct".⁶

In *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*⁷ a parcel containing bank notes in the amount of \$60,400 was given to the air carrier in Zurich for safe transportation to Montréal. The pilot personally handed the packet over to an employee of Air Canada upon arrival in Montréal. The parcel subsequently disappeared but such disappearance was not noted until approximately one month afterwards, thus making efforts to find it or determine the reasons for its disappearance very difficult.

Walsh J., then of the Federal Court, came to the conclusion that the circumstantial evidence of that case led to a presumption of theft, although the culprits could not be proven guilty beyond a reasonable doubt. In evidence was the fact that one of the employees had left the package unat-

² *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, [1982] 1 F.C. 756 (T.D.), at pp. 775-776; judgment affirmed by the Federal Court of Appeal, [1988] 1 F.C. 71; *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, per Marceau J., at p. 82; Cheng, Bin "Wilful Misconduct: From Warsaw to The Hague and from Brussels to Paris" (1977) II *Ann. Air & Sp. L.* 55.

³ *Shawinigan, Ltd. v. Vokins & Co., Ltd.*, [1961] 3 All E.R. 396 (Q.B.D.), at p. 403.

⁴ *Lacroix Baartmans et autres c. Swiss Air*, [1973] R.F.D.A. 75 (Tribunal Fédéral Suisse).

⁵ *Syndicat d'assurances des Lloyd's et autres c. Sté Aérofret, Cie Alitalia et Cie U.T.A.*, [1969] R.F.D.A. 397 (Cour de Cassation (Ch. com.)); Chauveau, Paul "La faute inexcusable" (1979), 4 *Ann. Air & Sp. L.* 3.

⁶ *Horabin v. British Overseas Airways Corpn.*, [1952] 2 All E.R. 1016 (Q.B.D.).

⁷ *Supra*, note 2.

doit être objective ou subjective². Je n'estime cependant pas nécessaire en l'espèce de trancher cette question car, quand bien même j'appliquerais l'interprétation la plus avantageuse pour la demanderesse, à savoir la norme objective, je ne saurais conclure à l'intention de provoquer un dommage ou à la témérité de la part des défenderesses.

Il ressort de la jurisprudence internationale que, pour qu'on puisse rejeter la limitation prévue à l'alinéa 22(2)a) de la Convention et appliquer l'exception prévue à l'Article 25, il faut qu'il y ait plus qu'une négligence ordinaire de la part du transporteur. Selon le pays dans lequel la cause est entendue, l'acte ou l'omission a été qualifié de «grossly careless»³, «faute lourde»⁴, «faute inexcusable»⁵ ou «wilful misconduct»⁶.

Dans l'affaire *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*⁷, un colis contenant des billets de banque d'un montant de 60 400 \$ a été remis au transporteur aérien à Zurich en vue du transport en main sûre jusqu'à Montréal. Le pilote a personnellement remis le colis à un employé d'Air Canada à son arrivée à Montréal. Le colis disparut subséquemment, mais sa disparition ne fut remarquée qu'environ un mois plus tard, ce qui rendait difficile la tâche de retrouver le colis ou d'établir les causes de sa disparition.

Le juge Walsh, qui siégeait à l'époque à la Cour fédérale, conclut, à la lumière de preuves indirectes, à une présomption de vol, bien qu'on ne pût établir, sans l'ombre d'un doute raisonnable, la culpabilité des supposés voleurs. L'une des preuves administrées établissait que l'un des employés

² *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, [1982] 1 C.F. 756 (1^{re} inst.), aux p. 775-776; jugement confirmé par la Cour d'appel fédérale, [1988] 1 C.F. 71; *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, le juge Marceau, à la p. 82; Cheng, Bin «Wilful Misconduct: From Warsaw to The Hague and from Brussels to Paris» (1977) II *Ann. Air & Sp. L.* 55.

³ *Shawinigan, Ltd. v. Vokins & Co., Ltd.*, [1961] 3 All E.R. 396 (Q.B.D.), à la p. 403.

⁴ *Lacroix Baartmans et autres c. Swiss Air*, [1973] R.F.D.A. 75 (Tribunal Fédéral Suisse).

⁵ *Syndicat d'assurances des Lloyd's et autres c. Sté Aérofret, Cie Alitalia et Cie U.T.A.*, [1969] R.F.D.A. 397 (Cour de Cassation (Ch. com.)); Chauveau, Paul «La faute inexcusable» (1979) 4 *Ann. Air & Sp. L.* 3.

⁶ *Horabin v. British Overseas Airways Corpn.*, [1952] 2 All E.R. 1016 (Q.B.D.).

⁷ Voir note 2.

tended in an unlocked car while running errands at the airport. Also, the mysterious disappearance of shipping documents and the failure to enter receipt of the parcel on the valuable cargo register. An investigation report showed two employees to be unreliable. Furthermore, one of them had been identified by the Dorval Police Department as having been present when other cargo had previously disappeared.

That decision was recently upheld by the Federal Court of Appeal, which went further and came to the conclusion that the servants of the air carrier had effectively stolen the package. In a case of theft, the knowledge that damage will result is obvious.

In conclusion, there is not in this case sufficient evidence for a finding of theft. The only finding open is this instance is that one carton of furs was lost and never found. To rule that such a loss necessarily implies reckless negligence would in effect render null and void and of no effect the limitation of liability provisions of the Convention.

For all those reasons, the plaintiff's action to recover more than the amount tendered in Court by the defendants is dismissed with costs.

avait laissé le paquet sans surveillance dans une voiture non verrouillée pendant qu'il faisait des courses dans l'aéroport. Il y avait aussi la disparition mystérieuse des documents de transport et le défaut d'inscrire la réception du colis dans le registre des marchandises de grande valeur. Il ressortait d'un rapport d'enquête que deux employés impliqués n'étaient pas dignes de confiance. Qui plus est, l'un d'entre eux fut identifié par la police de Dorval comme étant présent dans d'autres cas de disparition de marchandises.

Cette décision a été récemment confirmée par la Cour d'appel fédérale, qui est allée plus loin en concluant que les préposés du transporteur aérien avaient effectivement volé le colis. En cas de vol, la conscience qu'un dommage en résulterait est évidente.

En conclusion, il n'y a pas en l'espèce de preuves permettant de conclure au vol. La seule constatation possible, c'est qu'un carton de fourrures a été perdu et n'a jamais été retrouvé. Statuer que cette perte tient nécessairement à la négligence téméraire reviendrait à anéantir les dispositions portant limitation de responsabilité de la Convention.

Par tous ces motifs, la demanderesse est déboutée avec dépens de son action visant à recouvrer davantage que la somme consignée en justice par les défenderesses.