

A-157-91

Prudential Assurance Company Ltd. and 130850 Canada Inc. (Appellants) (Plaintiffs)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada, Kintetsu World Express Inc. and S.E.B. Cargo Inc. (Respondents) (Defendants)

INDEXED AS: PRUDENTIAL ASSURANCE Co. v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Létourneau J.J.A.—Montréal, March 30; Ottawa, April 16, 1993.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Trial Judge dismissing action for damages for loss of cargo against air carrier and sufferance warehouse for want of jurisdiction — Sufferance warehouse releasing cargo to third party without requiring proof of authorization — Federal Court having jurisdiction — Federal Court Act, s. 23(b) constituting statutory grant of jurisdiction — Action based on Carriage by Air Act, which incorporates Warsaw Convention as “law of Canada” — Art. 18 covering loss of cargo — Act and Convention federal laws providing relatively complete code for carriage by air.

Air law — Sufferance warehouse releasing cargo to absconding third party without proof of authorization — Air carrier and sufferance warehouse liable for damages arising therefrom under Warsaw Convention, Art. 18 — Liability not limited under Art. 25 — Sufferance warehouse aware delivery to unauthorized person likely to preclude cargo coming into hands of rightful owner.

Crown — Torts — Upon notification of arrival of imported goods in Canada, cargo owner delivering appropriate documents to Canada Customs for customs clearance — Before could return to obtain delivery of merchandise, unknown third party misrepresenting self as owner’s authorized agent and obtaining delivery of goods — Crown having no legal obligation to cargo owner — Never having physical custody of cargo — According to Warsaw Convention, incorporated into laws of Canada by Carriage By Air Act, only air waybill document of title — Air waybill never in possession of Canada Customs.

This was an appeal from the trial judgment dismissing the action against defendants Kintetsu World Express Inc. and S.E.B. Cargo Inc. for want of jurisdiction and dismissing the action against the Crown on the merits. 130850 Canada Inc.

A-157-91

Prudential Assurance Company Ltd. et 130850 Canada Inc. (appelantes) (demanderesses)

a c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, Kintetsu World Express Inc. et S.E.B. Cargo Inc. (intimées) (défenderesses)

b

RÉPERTORIÉ: PRUDENTIAL ASSURANCE Co. c. CANADA (C.A.)

Cour d’appel, juges Hugessen, MacGuigan et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 30 mars; Ottawa, 16 avril 1993.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le juge de première instance avait rejeté l’action en dommages-intérêts intentée contre le transporteur aérien et l’entrepôt d’attente par suite de la perte de marchandises, pour le motif qu’elle n’avait pas compétence — L’entrepôt d’attente avait remis les marchandises à un tiers sans exiger de preuve d’autorisation — La Cour fédérale a compétence — L’art. 23(b) de la Loi sur la Cour fédérale constitue un octroi légal de compétence — Action fondée sur la Loi sur le transport aérien, qui incorpore la Convention de Varsovie à titre de «loi du Canada» — L’art. 18 régit la perte des marchandises — La Loi et la Convention sont des lois fédérales prévoyant un code relativement complet concernant le transport aérien.

Droit aérien — L’entrepôt d’attente a remis des marchandises à un tiers inconnu sans preuve d’autorisation — En vertu de l’art. 18 de la Convention de Varsovie, le transporteur aérien et l’entrepôt d’attente sont responsables des dommages en découlant — La responsabilité n’est pas limitée en vertu de l’art. 25 — L’entrepôt d’attente sait que la livraison à une personne non autorisée risque d’empêcher la remise des marchandises au propriétaire légitime.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Après avoir été avisé de l’arrivée de ses marchandises importées au Canada, le propriétaire des marchandises a remis les documents appropriés à Douanes Canada en vue d’obtenir la mainlevée — Avant que le propriétaire des marchandises ait pu se présenter pour obtenir la livraison des marchandises, un tiers inconnu s’est fait passer pour le mandataire autorisé du propriétaire et a obtenu livraison des marchandises — La Couronne n’a aucune obligation légale envers le propriétaire des marchandises — Elle n’a jamais eu la garde matérielle des marchandises — Selon la Convention de Varsovie, qui a été incorporée dans les lois du Canada par la Loi sur le transport aérien, seule la lettre de transport aérien sert de titre — La lettre de transport aérien n’a jamais été en la possession de la Couronne.

Il s’agissait d’un appel du jugement de première instance rejetant l’action intentée contre les défenderesses Kintetsu World Express Inc. et S.E.B. Cargo Inc. pour défaut de compétence et rejetant au fond l’action intentée contre Sa Majesté.

(F.M. Electronique) was notified of the arrival at Dorval Airport of its goods from Japan by Kintetsu, its air carrier under the waybill. It delivered the appropriate documents to Canada Customs for customs clearance, but before it could return the next day to obtain delivery of the merchandise, an unknown third party misrepresented himself to the Customs Office and the warehouse as F.M. Electronique's authorized agent and obtained delivery of the goods. Prudential Assurance Company Ltd. compensated F.M. Electronique under an insurance contract and was subrogated to the rights of its insured. The Trial Judge dismissed the action against Kintetsu and S.E.B. Cargo (the sufferance warehouse) for want of jurisdiction and rejected the allegation of negligence by the customs officer in not requiring proof of identification because Canada Customs did not assume any legal obligation to F.M. Electronique and there was no causal connection between any fault by Crown employees and the loss suffered. The Crown never had the cargo in its possession.

The issues were whether the Federal Court had jurisdiction over Kintetsu and S.E.B. Cargo and if so, whether they were liable; and whether the Crown was liable.

Held, the appeal against Kintetsu World Express Inc. and S.E.B. Cargo Inc. should be allowed; the appeal against the Crown should be dismissed.

The Federal Court had jurisdiction over Kintetsu and S.E.B. Cargo. The three requirements for Federal Court jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* are: (1) a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament; (2) an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction; and (3) the law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in *Constitution Act, 1867*, section 101. The first requirement was met by *Federal Court Act*, paragraph 23(b), which explicitly establishes concurrent jurisdiction in the Court over the subject-matter of aeronautics as well as over undertakings extending beyond the limits of a province. The appellants' case was based on the *Carriage by Air Act*, although not specifically pleaded. A party needs to plead only the material facts upon which its case is based, not the applicable law. That Act provides that the "provisions of the Warsaw Convention . . . have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the Convention applies". The Warsaw Convention is thus "a law of Canada", and satisfies the third requirement for Federal Court jurisdiction. Article 18 of the Convention provides that the carrier is liable for damage sustained in the event of the loss of cargo during the carriage by air, which is defined to include the period during which the cargo is in charge of the carrier, whether at an aerodrome or on board an aircraft. Since the sufferance warehouse of S.E.B. Cargo and the Canada Customs premises are located within the aerodrome, Article 18 of the Warsaw Convention explicitly covers the loss of the cargo. With respect to the second requirement for Federal Court jurisdiction, the *Carriage by Air Act*

130850 Canada Inc. (F.M. Électronique) a été avisée par Kintetsu, le transporteur aérien en vertu de la lettre de transport aérien, de l'arrivée de ses marchandises à l'aéroport de Dorval. Elle a remis les documents pertinents à Douanes Canada en vue du dédouanement, mais avant qu'elle ait pu de nouveau se présenter le lendemain pour obtenir livraison des marchandises, un tiers inconnu s'était fait passer, au bureau de douane et à l'entrepôt, pour le mandataire autorisé de F.M. Électronique et avait obtenu livraison des marchandises. Prudential Assurance Company Ltd. a versé une indemnité à F.M. Électronique en vertu d'un contrat d'assurance et a été subrogée aux droits de l'assurée. Le juge de première instance a rejeté l'action intentée contre Kintetsu et S.E.B. Cargo (l'entrepôt d'attente) pour défaut de compétence et a rejeté l'allégation selon laquelle le préposé aux douanes s'était montré négligent en omettant d'exiger une preuve d'identification, parce que Douanes Canada n'avait aucune obligation légale envers F.M. Électronique et qu'il n'existait pas de lien de causalité entre la faute des préposés de la Couronne et la perte subie. La Couronne n'avait jamais eu les marchandises en sa possession.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence sur Kintetsu et S.E.B. Cargo et, dans l'affirmative, si ces dernières étaient responsables; il s'agissait également de savoir si la Couronne était responsable.

Arrêt: l'appel contre Kintetsu World Express Inc. et S.E.B. Cargo Inc. doit être accueilli; l'appel contre la Couronne doit être rejeté.

La Cour fédérale avait compétence sur Kintetsu et S.E.B. Cargo. Dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, trois conditions ont été énoncées, en ce qui concerne la compétence de la Cour fédérale: (1) il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral; (2) il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence; et (3) la loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La première condition est remplie par l'alinéa 23b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui établit expressément la compétence concurrente de la Cour en matière d'aéronautique ainsi qu'en matière d'ouvrages s'étendant au-delà des limites d'une province. La cause de l'appelante était fondée sur la *Loi sur le transport aérien*, bien que cette Loi n'ait pas expressément été invoquée. Une partie n'a qu'à plaider les faits importants sur lesquels l'affaire est fondée, et non le droit applicable. Cette Loi prévoit que «les dispositions de la convention [de Varsovie] . . . ont force de loi au Canada relativement à tout transport aérien auquel s'applique la convention». La Convention de Varsovie est donc «une loi du Canada», de sorte que la troisième condition permettant de conclure à la compétence de la Cour fédérale est remplie. L'article 18 de la Convention prévoit que le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de perte de marchandises pendant le transport aérien, qui est défini comme comprenant la période pendant laquelle les marchandises se trouvent sous la garde du transporteur, que ce soit dans un aéroport ou à bord d'un aéronef. Étant donné que l'entrepôt d'attente de S.E.B. Cargo

and the incorporated Warsaw Convention are federal laws which provide a relatively complete code for carriage by air. A claim made exclusively under federal law is not necessary for jurisdiction, so long as the claim is determined to some material extent by federal law.

The Trial Judge correctly held that the Crown had no legal obligation to F.M. Electronique. The appellants admitted the Crown never had physical custody of the cargo, but argued that the Crown had custody of documents belonging to F.M. Electronique which were equivalent to documents of title. Article 16 of the Convention requires the consignor to attach to the air waybill such documents as are necessary to meet the formalities of customs, *octroi* or police before the cargo can be delivered to the consignee. The consignor is liable to the carrier for any damage occasioned by the absence, insufficiency or irregularity of any such information or documents, unless the damage is due to the fault of the carrier or his agents. Canada Customs was alleged to have the responsibilities of a bailor or custodian while the documents were temporarily in their possession for verification, during which time they were stolen through misdelivery on the part of the Crown. The Convention makes it clear that it is only the waybill itself which functions as the document of title. The air waybill was never placed in the custody of Canada Customs and therefore the appellants' objection to the Trial Judge's reasons for decision could not be maintained.

The liability of Kintetsu and S.E.B. is established by Article 18 of the Convention. Limitation of liability is available only in the circumstances provided by Article 25 of the Convention. It does not apply if the damage resulted from an act or omission of the carrier done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result, and 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. S.E.B. Cargo had the onus of taking such care as to ensure proper delivery, and from the facts it was concluded that S.E.B. Cargo not only must have been, but was aware that delivery to an unauthorized person was very likely to preclude the cargo's coming into the hands of its rightful owner. It was no defence to maintain that it had no special instructions from F.M. Electronique as to delivery of its cargo or that it was S.E.B. Cargo's practice always to deliver goods on the mere production of a customs release. S.E.B. Cargo was not only a sufferance warehouse having responsibility to the Crown not to deliver goods without a release, but was first of all a warehouse, owing a duty to consignees not to yield up their cargo without proper authorization. There was no evidence of a custom in the industry to surrender cargo on the production of a release, but only of this particular warehouse. To deliver cargo without requiring authorization is to act at

et les locaux de Douanes Canada sont situés dans l'aérodrome, l'article 18 de la Convention de Varsovie vise expressément la perte des marchandises. Quant à la deuxième condition, la *Loi sur le transport aérien* et la Convention de Varsovie qui y est incorporée sont des lois fédérales établissant un code relativement complet en ce qui concerne le transport aérien. Il n'est pas nécessaire de présenter une réclamation exclusivement en vertu de la loi fédérale pour que la Cour soit compétente, dans la mesure où la réclamation est déterminée dans une mesure assez large par le droit fédéral.

a Le juge de première instance a eu raison de statuer que la Couronne n'avait aucune obligation légale envers F.M. Électronique. Les appelantes ont admis que la Couronne n'avait jamais matériellement eu la garde des marchandises, mais elle ont soutenu que la Couronne avait la garde des documents appartenant à F.M. Électronique, qui étaient l'équivalent du titre. L'article 16 de la Convention exige que l'expéditeur joigne à la lettre de transport aérien les documents qui, avant la remise de la marchandise au destinataire, sont nécessaires à l'accomplissement des formalités de douane. L'expéditeur est responsable envers le transporteur de tous dommages qui pourraient résulter de l'absence, de l'insuffisance ou de l'irrégularité de ces renseignements et pièces, sauf le cas de faute de la part du transporteur ou de ses préposés. Il a été allégué que Douanes Canada avait les responsabilités d'un dépositaire ou d'un gardien, pendant que les documents étaient temporairement en sa possession en vue de la vérification, période pendant laquelle ils ont été volés par suite de la livraison défectueuse de la part de la Couronne. La Convention montre clairement que seule la lettre de transport aérien elle-même sert de titre. La lettre de transport aérien n'a jamais été confiée à la garde de Douanes Canada, et l'objection formulée par les appelantes contre les motifs de la décision du juge de première instance ne pouvait donc pas être retenue.

La responsabilité de Kintetsu et de S.E.B. est établie par l'article 18 de la Convention. La limite de responsabilité ne peut être invoquée que dans les cas visés à l'article 25 de la Convention. Elle ne s'applique pas si 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 d'un préposé, la preuve soit également apportée que ceux-ci ont agi dans l'exercice de leurs fonctions. Il incombait à S.E.B. Cargo de faire preuve de la diligence nécessaire pour assurer la livraison convenable, et il a été conclu, à partir des faits, que S.E.B. Cargo devait non seulement savoir, mais aussi qu'elle savait que la livraison à une personne non autorisée empêcherait fort probablement la remise des marchandises au propriétaire légitime. S.E.B. Cargo ne pouvait faire valoir qu'elle n'avait reçu aucune instruction spéciale de la F.M. Électronique au sujet de la livraison de ses marchandises ou qu'elle avait toujours l'habitude de livrer les marchandises sur simple production d'une formule de dédouanement. S.E.B. Cargo exploitait non seulement un entrepôt d'attente ayant la responsabilité, envers la Couronne, de ne pas livrer les marchandises sans mainlevée, mais aussi, et avant tout, un entrepôt qui avait l'obligation, envers les consignataires, de ne pas

one's own peril. Since S.E.B. Cargo was acting within its authority from Kintetsu, Kintetsu could not escape from the malfeasance of its agent acting in the course of its authority.

Federal Court Act, section 41 does not provide for prejudgment interest, but case law has established a successful party's right thereto. There was no negation of interest in the contract. Since there is no provision in the *Federal Court Act* as to the rate of prejudgment interest, Article 1056c of the *Civil Code of Lower Canada* applied. It provides that there may be added to the interest award an indemnity computed by applying a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu over the legal interest rate. In order to place the appellants in the situation they would have been in if the loss had not occurred, they should be awarded the higher rate, to be determined on a reference unless the parties can agree on the appropriate rate.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31, s. 28. ^e
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
- Carriage by Air Act*, R.S.C. 1970, c. C-14 [now R.S.C., 1985, c. C-26], s. 2(1). ^f
- Civil Code of Lower Canada*, art. 1056c.
- Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*. Signed at Warsaw, October 12, 1929 [R.S.C., 1985, c. C-26, Schedule I], Arts. 5, 10, 11, 13, 16, 18, 22, 25. ^g
- Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 23(b),(c), 41, 52(b)(i).
- Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*. Signed at Warsaw on 12 October 1929 (The Hague, September 28, 1955) [R.S.C., 1985, c. C-26, Schedule III]. ^h

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575; (1979), 99 D.L.R. (3d) 623 (C.A.); *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344; (1985), 16 D.L.R.

remettre les marchandises sans autorisation appropriée. Il n'existait aucune preuve selon laquelle la coutume dans le secteur était de remettre les marchandises sur production d'une mainlevée, mais uniquement au sujet de cet entrepôt particulier. En livrant les marchandises sans exiger d'autorisation, ^a l'entrepreneur agit à ses risques et périls. Étant donné que S.E.B. Cargo agissait dans les limites des pouvoirs conférés par Kintetsu, Kintetsu ne pouvait pas se soustraire au méfait de son mandataire agissant dans les limites de ses pouvoirs.

L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne prévoit pas l'intérêt avant jugement, mais la jurisprudence a établi que la partie qui a gain de cause y a droit. Le contrat ne stipulait pas qu'aucun intérêt ne serait octroyé. Étant donné que la *Loi sur la Cour fédérale* ne contient aucune disposition au sujet du taux de l'intérêt avant jugement, l'article 1056c du *Code civil du Bas-Canada* s'applique. Cette disposition prévoit qu'il peut être ajouté au montant accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la *Loi du ministère du Revenu* sur le taux légal d'intérêt. Pour placer les appelantes dans la situation dans laquelle elles auraient été si la perte ne s'était pas produite, il fallait octroyer le taux le plus élevé, qui devait être fixé au moyen d'un renvoi, à moins que les parties ne s'entendent à ce sujet. ^d

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
- Code civil du Bas-Canada*, art. 1056c.
- Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*. Signée à Varsovie le 12 octobre 1929 [L.R.C. (1985), ch. C-26, annexe I], art. 5, 10, 11, 13, 16, 18, 22, 25.
- Loi du ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31, art. 28.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 23b, c), 41, 52b)(i).
- Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), ch. C-50.
- Loi sur le transport aérien*, S.R.C. 1970, ch. C-14 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-26], art. 2(1).
- Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*. Signé à Varsovie le 12 octobre 1929 (La Haye, 28 septembre 1955) [L.R.C. (1985), ch. C-26, annexe III].

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575; (1979), 99 D.L.R. (3d) 623 (C.A.); *R. c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344; (1985), 16 D.L.R.

(4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.); *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576 (H.L.); *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305. **a**

CONSIDERED:

Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare), [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Wilder v. Canada*, [1988] 2 F.C. 465; [1988] 2 C.T.C. 77; (1988), 88 DTC 6393 (C.A.); *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, [1982] 1 F.C. 756; (1981), 129 D.L.R. (3d) 85 (T.D.); affd [1988] 1 F.C. 71; (1987), 44 D.L.R. (4th) 680; 83 N.R. 224 (C.A.); *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; (1989), 48 C.C.C. (3d) 129; 69 C.R. (3d) 289; 13 M.V.R. (2d) 161; 98 N.R. 19; 35 O.A.C. 1; *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436; (1989), 48 C.C.C. (3d) 1; 69 C.R. (3d) 323; 13 M.V.R. (2d) 236; 98 N.R. 69; 35 O.A.C. 51; *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265; [1990] 2 W.W.R. 481; (1990), 64 Man. R. (2d) 161; 53 C.C.C. (3d) 4811; 75 C.R. (3d) 50; 19 M.V.R. (2d) 161; 105 N.R. 143; *R. v. Hundal*, No. 22358, judgment dated 11/3/93, S.C.C., not yet reported. **b**

REFERRED TO:

R. v. Wholesale Travel Group Inc., [1991] 3 S.C.R. 154; (1991), 67 C.C.C. (3d) 193; 8 C.R. (4th) 145. **c**

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, rev. 4th ed., St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1968, "gross negligence". **d**
Corpus Juris Secundum, 13 C.J.S. Carriers §417.
 Gwertzman, M. J. *The Law of Transportation in its Relation to Transportation Insurance*, Larchmont, New York: McCade Press, 1950.
 Magdelénat, Jean-Louis. *Air Cargo; Regulation and Claims*, Toronto: Butterworths, 1991. **e**
 Shawcross, C. N. and K. M. Beaumont. *Air Law*, 4th ed. by Peter Martin, London: Butterworths, 1983.

APPEAL from trial judgment ((1991), 43 F.T.R. 147). Appeal against Kintetsu World Express Inc. and S.E.B. Cargo Inc. allowed; appeal against Crown dismissed. **f**

COUNSEL:

Jean El Masri for appellants (plaintiffs).

Marie Nichols for respondent (defendant) Her Majesty the Queen.

Beryl Baron for respondent (defendant) Kintetsu World Express Inc. **g**

(4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.); *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576 (H.L.); *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305. **a**

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Wilder c. Canada*, [1988] 2 C.F. 465; [1988] 2 C.T.C. 77; (1988), 88 DTC 6393 (C.A.); *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, [1982] 1 C.F. 756; (1981), 129 D.L.R. (3d) 85 (1^{re} inst.); conf. par [1988] 1 C.F. 71; (1987), 44 D.L.R. (4th) 680; 83 N.R. 224 (C.A.); *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; (1989), 48 C.C.C. (3d) 129; 69 C.R. (3d) 289; 13 M.V.R. (2d) 161; 98 N.R. 19; 35 O.A.C. 1; *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436; (1989), 48 C.C.C. (3d) 1; 69 C.R. (3d) 323; 13 M.V.R. (2d) 236; 98 N.R. 69; 35 O.A.C. 51; *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265; [1990] 2 W.W.R. 481; (1990), 64 Man. R. (2d) 161; 53 C.C.C. (3d) 4811; 75 C.R. (3d) 50; 19 M.V.R. (2d) 161; 105 N.R. 143; *R. c. Hundal*, n° 22358, jugement en date du 11-3-93, C.S.C., encore inédit. **b**

DÉCISION CITÉE:

R. c. Wholesale Travel Group Inc., [1991] 3 R.C.S. 154; (1991), 67 C.C.C. (3d) 193; 8 C.R. (4th) 145. **c**

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, rev. 4th ed., St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1968, «gross negligence». **d**
Corpus Juris Secundum, 13 C.J.S. Carriers §417.
 Gwertzman, M. J. *The Law of Transportation in its Relation to Transportation Insurance*, Larchmont, New York: McCade Press, 1950.
 Magdelénat, Jean-Louis. *Air Cargo; Regulation and Claims*, Toronto: Butterworths, 1991. **e**
 Shawcross, C. N. et K. M. Beaumont. *Air Law*, 4th ed., par Peter Martin, London: Butterworths, 1983.

APPEL interjeté contre le jugement de première instance ((1991), 43 F.T.R. 147). Appel contre Kintetsu World Express Inc. et S.E.B. Cargo Inc. accueilli; appel contre la Couronne rejeté. **f**

i AVOCATS:

Jean El Masri pour les appelantes (demandereses).

Marie Nichols pour l'intimée (défenderesse) Sa Majesté la Reine.

Beryl Baron pour l'intimée (défenderesse) Kintetsu World Express Inc. **g**

SOLICITORS:

McDougall, Caron, Montréal, for appellants (plaintiffs).

Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant) Her Majesty the Queen.

Baron & Abrams, Montréal, for respondent (defendant) Kintetsu World Express Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division rendered on January 25, 1991, and reported at (1991), 43 F.T.R. 147, in which: (1) the appellants' action against the respondent Kintetsu World Express Inc. ("Kintetsu") was dismissed with costs; (2) their action against the respondent S.E.B. Cargo Inc. ("S.E.B. Cargo") was dismissed without costs,¹ the dismissal in both cases being on the grounds of lack of jurisdiction in the Federal Court; and (3) the appellants' action against Her Majesty the Queen in Right of Canada ("The Crown") was dismissed on the merits, with costs. The Trial Judge reserved the appellants' right to bring actions in the provincial courts against Kintetsu and S.E.B. Cargo.

The case arises out of the importation of 7,000 electronic units from Japan to Canada by the appellant 130850 Canada Inc. ("F.M. Electronique"). On February 9, 1987, F.M. Electronique (a business with only two employees) received notice from Kintetsu its air carrier under the air waybill,² that its goods had arrived at Dorval Airport. F.M. Electronique accordingly delivered the appropriate documents to Canada Customs for customs clearance, and returned on the following day to collect the official release (no duties were payable), with the intention of then proceeding to the sufferance warehouse of S.E.B. Cargo to obtain

¹ The respondent S.E.B. Cargo, being apparently insolvent, did not participate in the trial, and hence was awarded no costs by the Trial Judge.

² Kintetsu may also be described as a freight forwarder. As J.-L. Magdelénat states in *Air Cargo; Regulation and Claims*, Toronto: Butterworths, 1991, at p. 32, "The forwarding agent and the carrier are one" (except in French law). C. N. Shawcross and K. M. Beaumont, *Air Law*, ed. P. Martin, 4th ed., vol. 1, 1983, at par. 257, make a further distinction between a contracting carrier and an acting carrier.

PROCUREURS:

McDougall, Caron, Montréal, pour les appelantes (demandereses).

Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimée (défenderesse) Sa Majesté la Reine.

Baron & Abrams, Montréal, pour l'intimée (défenderesse) Kintetsu World Express Inc.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel du jugement que la Section de première instance a prononcé le 25 janvier 1991, lequel est publié à (1991), 43 F.T.R. 147 et dans lequel: (1) l'action intentée par les appelantes contre l'intimée Kintetsu World Express Inc. («Kintetsu») a été rejetée avec dépens; (2) l'action intentée par les appelantes contre l'intimée S.E.B. Cargo Inc. («S.E.B. Cargo») a été rejetée sans frais¹, le rejet dans les deux cas étant fondé sur le motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence; et (3) l'action intentée par les appelantes contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada («la Couronne») a été rejetée au fond, avec dépens. Le juge de première instance a réservé aux appelantes le droit d'intenter des actions contre Kintetsu et S.E.B. Cargo devant les tribunaux provinciaux.

L'affaire résulte de l'importation de 7 000 appareils électroniques du Japon au Canada par l'appelante 130850 Canada Inc. («F.M. Électronique»). Le 9 février 1987, F.M. Électronique (entreprise ne comptant que deux employés) a été avisée par Kintetsu, le transporteur aérien en vertu de la lettre de transport aérien², que ses marchandises étaient arrivées à l'aéroport de Dorval. Un représentant de F.M. Électronique a donc remis les documents pertinents à Douanes Canada en vue du dédouanement et s'est de nouveau présenté le lendemain pour obtenir la mainlevée officielle (aucun droit n'était payable), dans

¹ L'intimée S.E.B. Cargo, qui était apparemment insolvable, n'a pas pris part au procès; le juge de première instance n'a donc pas adjugé de dépens en sa faveur.

² Kintetsu peut également être décrite comme un transitaire. Comme J.-L. Magdelénat le dit dans *Air Cargo; Regulation and Claims*, Toronto: Butterworths, 1991, à la p. 32, [TRADUCTION] «Le commissionnaire de transport et le transporteur ne sont qu'un» (sauf en droit français). Dans C. N. Shawcross et K. M. Beaumont, *Air Law*, éd. P. Martin, 4^e éd., vol. 1, 1983, au par. 257, on fait une autre distinction entre le transporteur contractant et le véritable transporteur.

delivery of the merchandise. However, an unknown third party had got there first, misrepresenting himself to the Customs Office and the warehouse as the authorized agent of F.M. Electronique, thereby obtaining delivery of all the goods.

The appellant Prudential Assurance Company Ltd. ("Prudential") compensated the appellant \$18,715.74 under a contract of insurance (the claim was for \$18,905 less a deductible amount) and was subrogated to the rights of F.M. Electronique, with which it joined to sue the respondents jointly and severally.

I

The first question which arises is the preliminary issue as to Federal Court jurisdiction over Kintetsu and S.E.B. Cargo.

The essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court were restated in a much quoted passage by McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. at al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766, as follows:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

Although the respondent Kintetsu nominally contested the presence of all three requirements in the case at bar, in my opinion there can be no serious issue that the first requirement, *viz.* a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament has been met. Paragraph 23(b) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, explicitly establishes concurrent jurisdiction in the Court over the subject-matter of aeronautics, as well as over undertakings extending beyond the limits of a province, as follows:

23. Except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned, the Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made, or a remedy is

l'intention de se rendre ensuite à l'entrepôt d'attente de S.E.B. Cargo pour obtenir livraison de la marchandise. Toutefois, un tiers inconnu l'avait devancé, s'était fait passer, au bureau de douane et à l'entrepôt, pour le mandataire autorisé de F.M. Électronique, obtenant ainsi livraison de toutes les marchandises.

L'appelante Prudential Assurance Company Ltd. («Prudential») a versé à l'appelante une indemnité de 18 715,74 \$ en vertu d'un contrat d'assurance (la demande était de 18 905 \$, moins une franchise) et a été subrogée aux droits de F.M. Électronique, à laquelle elle s'est jointe pour poursuivre les intimées conjointement et solidairement.

I

Il convient de trancher d'abord la question préliminaire de la compétence de la Cour fédérale sur Kintetsu et S.E.B. Cargo.

Les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale ont été énoncées de nouveau dans un passage souvent cité du jugement prononcé par le juge McIntyre dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'intimée Kintetsu a nommé contesté l'existence des trois conditions en l'espèce, mais à mon avis, il ne peut être sérieusement contesté que la première condition, à savoir l'attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral, est remplie. L'alinéa 23b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, établit expressément la compétence concurrente de la Cour en matière d'aéronautique ainsi qu'en matière d'ouvrages s'étendant au delà des limites d'une province:

23. Sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs, la Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans tous les cas—opposant notamment des administrés—de demande de réparation ou

sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects, namely,

- (b) aeronautics; and
- (c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

In *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575, this Court upheld a claim for damages as a result of the loss of cargo in air transportation brought under the federal *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1970, c. C-14 [now R.S.C., 1985, c. C-26]. The Trial Judge distinguished the *Bensol* case on the basis that that Act had been specifically pleaded, unlike in the case at bar.

Such a distinction is clearly untenable. It is established law that a party needs to plead only the material facts on which its case is based, not the applicable law: *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344 (C.A.), at pages 351-352. The absence in the pleadings of reference to federal legislation is therefore irrelevant.

The *Carriage by Air Act* is in fact the source of the appellants' case. The key provision incorporates the whole of the Warsaw Convention of 1929 on International Carriage by Air and the Amending Protocol of 1955, to both of which Canada and Japan are parties, as follows:

2. (1) The provisions of the Convention set out in Schedule I, in so far as they relate to the rights and liabilities of carriers, passengers, consignors, consignees and other persons and subject to this section, have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the Convention applies, irrespective of the nationality of the aircraft performing that carriage.

(2) Subject to this section, the provisions of the Convention set out in Schedule I, as amended by the Protocol set out in Schedule III, in so far as they relate to the rights and liabilities of carriers, passengers, consignors, consignees and other persons, have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the Convention as so amended applies, irrespective of the nationality of the aircraft performing that carriage.

(3) The Governor in Council may from time to time, by proclamation published in the *Canada Gazette*, certify who are the High Contracting Parties to the Convention, in respect of what territories they are respectively parties, to what extent

d'autre recours exercé sous le régime d'une loi fédérale ou d'une autre règle de droit en matière:

- a b) d'aéronautique;
- c) d'ouvrages reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province.

Dans *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575, cette Cour a confirmé une demande en dommages-intérêts résultant de la perte de marchandises assujetties au transport aérien, laquelle était fondée sur la *Loi sur le transport aérien fédérale*, S.R.C. 1970, ch. C-14 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-26]. Le juge de première instance a distingué l'arrêt *Bensol* pour le motif que cette Loi avait expressément été invoquée, contrairement à ce qui se produit en l'espèce.

Cette distinction est clairement insoutenable. Il est établi en droit qu'une partie n'a qu'à plaider les faits importants sur lesquels l'affaire est fondée, et non le droit applicable: *R. c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344 (C.A.), aux pages 351 et 352. L'absence, dans les plaidoiries, de la mention de la loi fédérale n'est donc pas pertinente.

La cause de l'appelante est en fait fondée sur la *Loi sur le transport aérien*. La principale disposition incorpore toute la Convention de Varsovie de 1929 sur le transport aérien international ainsi que le Protocole modificateur de 1955, auxquels le Canada et le Japon sont parties:

2. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les dispositions de la convention reproduite à l'annexe I, dans la mesure où elles se rapportent aux droits et responsabilités des personnes concernées par le transport aérien—notamment les transporteurs, les voyageurs, les consignateurs et les consignataires—, ont force de loi au Canada relativement à tout transport aérien auquel s'applique la convention, indépendamment de la nationalité de l'aéronef en cause.

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les dispositions de la convention reproduite à l'annexe I et modifiée par le protocole figurant à l'annexe III, dans la mesure où elles se rapportent aux droits et responsabilités des personnes concernées par le transport aérien, ont force de loi au Canada relativement à tout transport aérien auquel s'applique la convention ainsi modifiée, indépendamment de la nationalité de l'aéronef en cause.

(3) Le gouverneur en conseil peut, par proclamation publiée dans la *Gazette du Canada*, attester l'identité des hautes parties contractantes à la convention, les territoires à l'égard desquels elles sont respectivement parties, la mesure dans laquelle elles

they have availed themselves of the Additional Protocol to the Convention and who are the parties to the Protocol set out in Schedule III, and any such proclamation is, except in so far as it has been superseded by a subsequent proclamation, conclusive evidence of the matters so certified.

The language of subsection 2(1), in providing that “[t]he provisions of the Convention . . . have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the Convention applies” are a particularly broad legislative mandate. The Warsaw Convention is thus in all respects “a law of Canada”, thus satisfying the third requirement for Federal Court jurisdiction.

The applicable provision of the Convention as to the liability of a carrier is Article 18, which reads in part as follows:

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.

(2) The carriage by air within the meaning of the preceding paragraph comprises the period during which the baggage or cargo is in charge of the carrier, whether in an aerodrome or on board an aircraft, or, in the case of a landing outside an aerodrome, in any place whatsoever.

Since the sufferance warehouse of S.E.B. Cargo as well as the premises of Canada Customs are located within the aerodrome, Article 18 explicitly covers the loss of the cargo in the case at bar.

With respect to the second requirement for Federal Court jurisdiction, *viz.*, a nourishing body of federal law, it is important to note the dictum by Wilson J. for the Supreme Court in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at pages 330-331, that the second and third elements of the jurisdictional test often overlap:

While there is clearly an overlap between the second and third elements of the test for Federal Court jurisdiction, the second element, as I understand it, requires a general body of federal law covering the area of the dispute, *i.e.*, in this case the law relating to Indians and Indian interests in reserve lands, and the third element requires that the specific law which will be resolute of the dispute be “a law of Canada” within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. No difficulty arises in meeting the third element of the test if the dispute is to be determined on the basis of an existing federal statute. As

se sont prévaluées des dispositions du protocole additionnel de la convention, ainsi que l'identité des parties au protocole figurant à l'annexe III. Une telle proclamation fait foi de son contenu tant qu'elle n'a pas été remplacée par une proclamation subséquente.

Le libellé du paragraphe 2(1), qui prévoit que les «dispositions de la convention . . . ont force de loi au Canada relativement à tout transport aérien auquel s'applique la convention» confère un mandat législatif particulièrement étendu. La Convention de Varsovie est donc à tous les égards «une loi du Canada», de sorte que la troisième condition pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale est remplie.

La disposition applicable à la Convention, en ce qui concerne la responsabilité du transporteur, est l'article 18, qui est en partie libellé comme suit:

Article 18

(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.

(2) Le transport aérien, au sens de l'alinéa précédent, comprend la période pendant laquelle les bagages ou marchandises se trouvent sous la garde du transporteur, que ce soit dans un aéroport ou à bord d'un aéronef ou dans un lieu quelconque en cas d'atterrissage en dehors d'un aéroport.

Étant donné que l'entrepôt d'attente de S.E.B. Cargo ainsi que les locaux de Douanes Canada sont situés dans l'aéroport, l'article 18 vise expressément la perte des marchandises en l'espèce.

Quant à la deuxième condition, à savoir un ensemble de règles de droit fédérales qui sert de fondement, il importe de noter la remarque incidente que Madame le juge Wilson a faite, au nom de la Cour suprême, dans l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, aux pages 330 et 331, soit que les deuxième et troisième éléments du critère de compétence se chevauchent souvent:

Bien qu'il y ait nettement un chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère applicable pour établir la compétence de la Cour fédérale, le deuxième, tel que je le comprends, exige qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l'objet de la contestation, en l'espèce le droit relatif aux Indiens et à leurs intérêts dans les terres des réserves, et le troisième, que la loi spécifique qui servira à trancher le litige soit «une loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On n'aura aucune difficulté à respecter le troisième élément du critère si le litige doit être

will be seen, problems can, however, arise if the law of Canada which is relied on is not federal legislation but so-called "federal common law" or if federal law is not exclusively applicable to the issue in dispute.

This point is particularly apposite in the case at bar, because a reading of the *Carriage by Air Act* and the incorporated Warsaw Convention makes it clear that federal law here provides a relatively complete code for carriage by air. This will become even more apparent in the discussion of limitation of liability, *infra*. The appellants also referred the Court to considerable jurisprudence from other countries to the same effect.

The decision of this Court in *Bensol* established that, even if the validity of the subrogation in favour of the insurance company is not governed by federal law, a claim made exclusively under federal law is not necessary for jurisdiction so long as the claim is determined to some material extent by federal law.³

No argument was raised in this case as to federal constitutional jurisdiction to enact the whole of the Warsaw Convention, but in any event such a contention might not be successful in this Court in the light of the concurring reasons by Le Dain J.A. (at pages 583-584) to the effect that federal constitutional jurisdiction extends to the whole of air transportation.

³ With all due respect to the Trial Judge's opinion to the contrary, I am not of the view that the holding in *Bensol* was rejected by this Court in its rejection of "intertwining" in *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454 (C.A.) and *Wilder v. Canada*, [1988] 2 F.C. 465 (C.A.). Intertwining was rejected because it did not supply an independent basis of jurisdiction. In *Bensol* and in the case at bar there is such an independent jurisdictional basis. As this Court said in *Varnam*, at p. 461: "no degree of intertwining could be great enough to create jurisdiction where it is not granted by the statute, just as none could be small enough to remove jurisdiction where the statute gives it."

tranché en fonction d'un texte de loi fédéral existant. Comme on le verra, des problèmes peuvent cependant surgir si la loi du Canada invoquée est non pas un texte de loi fédéral mais ce qu'on appelle de la «*common law* fédérale», ou si la loi fédérale n'est pas la seule applicable à la question en litige.

Ce point est particulièrement pertinent en l'espèce, car la lecture de la *Loi sur le transport aérien* et de la Convention de Varsovie qui y est incorporée montre clairement que la loi fédérale en l'espèce établit un code relativement complet en ce qui concerne le transport aérien. Cela deviendra encore plus évident lorsque nous examinerons ci-dessous la question de la limite de responsabilité. Les appelantes ont également reporté la Cour à une jurisprudence abondante d'autres pays dans ce sens.

La décision que cette Cour a rendue dans *Bensol* a établi que, même si la validité de la subrogation en faveur de la compagnie d'assurance n'est pas régie par la loi fédérale, il n'est pas nécessaire de présenter une réclamation exclusivement en vertu de la loi fédérale pour que la Cour soit compétente, dans la mesure où la réclamation est déterminée dans une mesure assez large par le droit fédéral³.

Aucun argument n'a été invoqué en l'espèce au sujet de la compétence constitutionnelle fédérale d'adopter la Convention de Varsovie dans son ensemble, mais cette prétention ne serait de toute façon peut-être pas retenue dans cette Cour, compte tenu des motifs concordants prononcés par le juge Le Dain, J.C.A., (aux pages 583 et 584), à savoir que la compétence constitutionnelle fédérale s'étend au transport aérien dans son ensemble.

³ Malgré tout le respect que j'ai pour l'opinion du juge de première instance, je ne souscris pas à son avis que la décision rendue dans *Bensol* a été rejetée par cette Cour lorsqu'elle a rejeté la notion de «lien» dans les arrêts *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454 (C.A.), et *Wilder c. Canada*, [1988] 2 C.F. 465 (C.A.). Le lien a été rejeté parce qu'il ne conférait pas de fondement indépendant de compétence. Toutefois, dans *Bensol* et dans cette affaire, il existe pareil fondement indépendant de compétence. Comme cette Cour l'a dit dans l'arrêt *Varnam*, à la p. 461: «aucun lien ne saurait être assez étroit pour conférer à cette Cour une compétence que ne prévoit pas la loi, tout comme aucun lien ne saurait être suffisamment tenu pour retirer à la Cour la compétence que lui donne la loi».

I must therefore conclude that the Trial Judge was in error in dismissing the action against Kintetsu and S.E.B. Cargo on the ground of want of jurisdiction.

II

With respect to the appellants' claim against the Crown, based on the *Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, I set out in full the reasons for decision of the Trial Judge (at pages 153-156):

The legal basis of the plaintiffs' action against Her Majesty the Queen is the **Crown Liability Act**, which states in s. 3:

“3(1) The Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable

(a) in respect of a tort committed by a servant of the Crown; or

(b) in respect of a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.”

It must first be determined whether Her Majesty had any legal obligation to F.M. Electronique.

As I said in **Danzas**, (T-2259-82 (p. 14); affirmed in A-621-85) citing Cattanach, J., in **Keystone** ([1982] 1 F.C. 487), the function of the customs is to secure the Crown's revenue, not to provide services to the public. No contractual or legal obligation existed in the case at bar between F.M. Electronique and the Crown. In short, the only allegation of negligence made against the customs employees was made under the **Crown Liability Act** and consisted in giving a customs release to an individual without the latter having formally identified himself by a card or by producing a power of attorney.

Can any liability be ascribed to Her Majesty on account of the fault of one of her servants?

It was admitted by both sides that this case arose out of a delict committed by an unknown third party, who falsely represented himself at the customs counter as an authorized agent of F.M. Electronique so as to obtain the customs release, which he used to go and get the goods from S.E.B. Cargo. . . .

It should also be noted that the customs office never had the said goods in its possession throughout this operation. On their arrival in Montreal the goods carried by Kintetsu Express Inc. went directly to S.E.B. Cargo Inc., where they were warehoused. Moreover, these electronic units were not subject to customs duties.

The plaintiffs however alleged that the customs officers committed two major errors, namely:

Je dois donc conclure que le juge de première instance a commis une erreur en rejetant l'action contre Kintetsu et S.E.B. Cargo pour le motif qu'il n'avait pas compétence.

II

Quant à la réclamation présentée par les appelantes contre la Couronne, laquelle est fondée sur la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), ch. C-50, j'énonce au complet les motifs de la décision du juge de première instance (aux pages 153 à 156):

L'action des demanderesse contre Sa Majesté la Reine a pour fondement juridique la **Loi sur la responsabilité de l'État** qui à son article 3 déclare:

«3(1) En matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour:

a) les délits civils commis par ses préposés;

b) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.»

Il importe d'abord de voir si Sa Majesté avait une quelconque obligation légale envers F.M. Electronique.

Le rôle des douanes, comme je l'ai dit dans **Danzas** (T-2259-82 (p. 14); confirmé dans A-621-85), en citant le juge Cattanach dans **Keystone** ([1982] 1 C.F. 487), est d'assurer des recettes à la Couronne et non pas de fournir des services au public. Il n'existait en l'occurrence aucune relation contractuelle ou légale entre F.M. Electronique et la Couronne. En somme, la seule négligence reprochée aux préposés des douanes l'est en vertu de la **Loi sur la responsabilité de l'État**, et aurait consisté à remettre à un individu une mainlevée douanière sans que ce dernier ne se soit formellement identifié au moyen d'une carte ou n'ait produit une procuration.

Une responsabilité quelconque peut-elle être imputée à Sa Majesté du fait d'une faute de ses préposés?

Il est admis de part et d'autre qu'à l'origine de cette affaire, un délit a été commis par un tiers inconnu qui s'est fausement présenté au comptoir des douanes comme un mandataire autorisé de F.M. Electronique pour obtenir la mainlevée douanière dont il s'est servi pour aller quérir la marchandise chez S.E.B. Cargo. . . .

Il faut aussi souligner que jamais, durant toute cette opération, le service des douanes n'a eu en sa possession ladite marchandise. Dès son arrivée à Montréal, la marchandise transportée par Kintetsu Express Inc. s'est retrouvée directement chez S.E.B. Cargo Inc. où elle a été entreposée. De plus, ces unités électroniques n'étaient pas sujettes à des droits de douane.

Les demanderesse reprochent cependant deux fautes principales aux agents de douane, à savoir:

(a) making an incorrect entry in the computer for 1,855 Japanese yen instead of 1,855,000, which gave the receipt a value of \$16.11 instead of \$16,105;

(b) failing to ask the self-styled representative of F.M. Electronique for proof of identification.

The court considers that a mistaken entry in the computer has no direct bearing on clearance of the goods through customs to an unauthorized third party. Whether the receipt amounted to \$16.11 or \$16,105 is unimportant since in these particular circumstances no customs duty was payable. The function of the customs office was limited in the case at bar to giving the customs release.

The allegation of negligence by the customs officer in not requiring proof of identification by the self-styled representative of F.M. Electronique also cannot be accepted. The chief of commercial operations at Dorval, Alex Paquet, explained Customs Canada's policy in this regard: in general customs officers do not have to ask an individual who comes to the counter for proof of identification. It is only in cases of doubt that, in their discretion, they may ask an individual for identification or to provide a power of attorney. In the case at bar Mrs. Riendeau, who apparently served the alleged representative of F.M. Electronique, did not think it necessary to ask this individual for a power of attorney. There was nothing to suggest that there might have been an information leak at F.M. Electronique and that the person who appeared to clear the goods was not duly authorized to do so. A false proof of identity or false power of attorney could in any case have been presented and the result would have been the same.

The Crown thus cannot be held liable for the loss suffered by F.M. Electronique, first, because Customs Canada assumed no legal obligation to this plaintiff, and second, because no fault by Her Majesty's employees was shown to have any causal connection with the loss suffered by the plaintiffs. The damage was due primarily to an information leak by an unknown perpetrator.

The Federal Court has also recognized in *Kathy Zien (R. v. Zien)* (1986), 64 N.R. 282; 26 D.L.R. (4th) 121, A-1506-84) and *Economic Trading (Economic Trading Ltd. v. R., [1969] 1 Ex.C.R. 401)* that the Crown cannot be held liable as a depository when it did not have the goods which were the subject of the action in its possession at any time. In the case at bar, the Crown never had possession of the 7,000 electronic units.

For these reasons, as the plaintiffs have not proven:

1. that the Crown had the said electronic units in its possession,
2. a legal obligation by the Crown to the plaintiffs,
3. acts of faults by officers of the Crown, and
4. a direct cause-and-effect relationship between the acts alleged and the damage suffered,

a) d'avoir fait une fausse entrée dans l'ordinateur pour 1,855 yen japonais au lieu de 1,855,000 ce qui donnait une valeur à l'acquitté de 16,11 \$ au lieu de 16 105 \$;

b) d'avoir négligé de demander une preuve d'identification au soi-disant représentant de F.M. Electronique.

La Cour estime qu'une entrée erronée dans l'ordinateur n'a aucun lien direct avec le dédouanement de la marchandise en faveur d'un tiers non autorisé. Que la valeur à l'acquitté ait été de 16,11 \$ au lieu de 16 105 \$ constitue un élément sans importance puisqu'en l'occurrence, aucun droit de douanes n'était payable. Le rôle du service des douanes se limitait, en l'instance, à accorder la mainlevée douanière.

Quant à la prétendue négligence par l'officier des douanes d'exiger une preuve d'identification du soi-disant représentant de F.M. Electronique, elle ne peut non plus être retenue. Le chef des opérations commerciales à Dorval Alex Paquet a expliqué la politique de Douanes Canada à cet égard: les agents douaniers n'ont pas, règle générale, à demander des pièces d'identification à un individu qui se présente au comptoir. C'est seulement en cas de doute qu'ils peuvent, à leur discrétion, demander à un individu de s'identifier ou de fournir une procuration. Dans la présente affaire, Mme Riendeau qui aurait servi le prétendu représentant de F.M. Electronique n'a pas jugé nécessaire de demander une procuration à cet individu. Rien ne permettrait de croire qu'il y avait eu un vol d'informations chez F.M. Electronique et que cette personne qui se présentait pour le dédouanement de la marchandise n'était pas dûment autorisée. À la limite, une fausse preuve d'identité ou une fausse procuration auraient pu être présentées que le résultat en eût été le même.

La Couronne ne peut donc être tenue responsable du préjudice subi par F.M. Electronique d'une part parce que Douanes Canada n'assumait aucune obligation légale à l'égard de cette demanderesse et d'autre part parce qu'il n'a pas été démontré de fautes de la part des préposés de Sa Majesté ayant un lien de causalité avec le préjudice subi par les demanderesse. Le dommage est d'abord imputable à un vol d'informations dont l'auteur est inconnu.

La Cour fédérale a par ailleurs reconnu dans les arrêts *Kathy Zien (R. c. Zien)* (1986), 64 N.R. 282; 26 D.L.R. (4th) 121, A-1506-84) et *Economic Trading (Economic Trading Ltd. c. R., [1969] 1 Ex. C.R. 401)* que la Couronne ne peut être déclarée responsable à titre de dépositaire lorsqu'en aucun moment elle n'a eu en sa possession la marchandise qui fait l'objet du litige. La Couronne, dans la présente cause, n'a jamais pris possession des 7,000 unités électroniques.

Pour ces raisons, considérant que les demanderesse n'ont pas prouvé:

1. que la Couronne avait eu en sa possession lesdites unités électroniques
2. d'obligation légale de la Couronne envers les demanderesse
3. d'actes fautifs de la part des agents de la Couronne
4. de lien direct de cause à effet entre les actes reprochés et le dommage subi

the plaintiffs' action against Her Majesty the Queen is dismissed with costs.

I am in complete agreement with the learned Trial Judge that the Crown had no legal obligation to F.M. Electronique, generally for the reasons given by him. Indeed, the law was changed in 1986 to remove customs officers' previous requirement to check powers of attorney (transcript of evidence, December 4, 1990, p.m., at page 81).

The appellants admitted that the Crown never had physical custody of the cargo, but argued that the Crown had custody of documents belonging to F.M. Electronique which were equivalent to documents of title. In particular, the appellants referred to a document (Appeal Book, at page 99) required by Article 16(1) of the Warsaw Convention to be attached to the air waybill. Article 16(1) reads as follows:

Article 16

(1) The consignor must furnish such information and attach to the air waybill such documents as are necessary to meet the formalities of customs, octroi or police before the cargo can be delivered to the consignee. The consignor is liable to the carrier for any damage occasioned by the absence, insufficiency or irregularity of any such information or documents, unless the damage is due to the fault of the carrier or his agents.

Canada Customs was alleged to have the responsibilities of a bailor or custodian while the documents were temporarily in their possession for verification, during which time they were stolen through misdelivery on the part of the Crown.

However, it seems apparent to me from a reading of the Convention that it is only the air waybill itself which functions as the document of title. Section 3 of the Chapter II of the Convention (Articles 5 through 16) is entitled "Air Waybill", and although the loss of an air waybill does not affect the existence or the validity of the contract of carriage (Article 5(2)), an air waybill is nonetheless established in Articles 10 and 11 as *prima facie* evidence of a contract, with the consignor responsible for its correctness, and in Article 13(1) the carrier is required to hand over to the

l'action des demandereses contre Sa Majesté la Reine est rejetée avec dépens.

Je partage entièrement l'avis du savant juge de première instance que la Couronne n'avait aucune obligation légale envers F.M. Électronique, généralement pour les motifs qu'il a exprimés. De fait, le droit a changé en 1986 de façon à supprimer la condition antérieure selon laquelle les agents des douanes devaient vérifier la procuration (transcription de la preuve, 4 décembre 1990, après-midi, à la page 81).

Les appelantes ont admis que la Couronne n'avait jamais matériellement eu la garde des marchandises, mais elles ont soutenu que la Couronne avait la garde des documents appartenant à F.M. Électronique, qui étaient l'équivalent du titre. En particulier, les appelantes ont cité un document (dossier conjoint, à la page 99) qui devait, selon l'article 16(1) de la Convention de Varsovie, être annexé à la lettre de transport aérien. L'article 16(1) est ainsi libellé:

Article 16

(1) L'expéditeur est tenu de fournir les renseignements et de joindre à la lettre de transport aérien les documents qui, avant la remise de la marchandise au destinataire, sont nécessaires à l'accomplissement des formalités de douane, d'octroi ou de police. L'expéditeur est responsable envers le transporteur de tous dommages qui pourraient résulter de l'absence, de l'insuffisance ou de l'irrégularité de ces renseignements et pièces, sauf le cas de faute de la part du transporteur ou de ses préposés.

Il a été allégué que Douanes Canada avait les responsabilités d'un dépositaire ou d'un gardien, pendant que les documents étaient temporairement en sa possession en vue de la vérification, période pendant laquelle ils ont été volés par suite de la livraison défectueuse de la part de la Couronne.

Toutefois, la lecture de la Convention montre, me semble-t-il, que seule la lettre de transport aérien elle-même sert de titre. La section 3 du chapitre II de la Convention (articles 5 à 16) est intitulée «Lettre de transport aérien» et, bien que la perte d'une lettre de transport aérien n'affecte ni l'existence ni la validité du contrat de transport (article 5(2)), la lettre de transport aérien fait néanmoins foi, jusqu'à preuve contraire, en vertu des articles 10 et 11, de la conclusion d'un contrat, l'expéditeur étant responsable de son exactitude; de plus, selon l'article 13(1), le trans-

consignee the air waybill along with delivering the cargo:

Article 10

(1) The consignor is responsible for the correctness of the particulars and statements relating to the cargo which he inserts in the air waybill.

(2) *The consignor will be liable for all damage suffered by the carrier or any other person by reason of the irregularity, incorrectness or incompleteness of the said particulars and statements.*

Article 11

(1) The air waybill is *prima facie* evidence of the conclusion of the contract, of the receipt of the cargo and of the conditions of carriage.

(2) The statements in the air waybill relating to the weight, dimensions and packing of the cargo, as well as those relating to the number of packages, are *prima facie* evidence of the facts stated; those relating to the quantity, volume and condition of the cargo do not constitute evidence against the carrier except so far as they both have been, and are stated in the air waybill to have been, checked by him in the presence of the consignor, or relate to the apparent condition of the cargo.

. . .

Article 13

(1) Except in the circumstances set out in the preceding Article, the consignee is entitled, on arrival of the cargo at the place of destination, to require the carrier to hand over to him the air waybill and to deliver the cargo to him, on payment of the charges due and on complying with the conditions of carriage set out in the air waybill.

The air waybill itself was never placed in the custody of Canada Customs, and I am therefore of the opinion that the appellants' objection to the Trial Judge's reasons for decision cannot be maintained.

III

With respect to the liability of Kintetsu and S.E.B. Cargo, consistently with his refusal of jurisdiction the Trial Judge made no findings. Since the relevant evidence, however, is all in the record, this is an appropriate case for this Court, being so empowered by subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act*, to come to the conclusion the Trial Judge would have reached if he had considered the matter.

porteur est tenu de remettre au destinataire la lettre de transport aérien et de lui livrer la marchandise:

Article 10

(1) L'expéditeur est responsable de l'exactitude des indications et déclarations concernant la marchandise qu'il inscrit dans la lettre de transport aérien.

(2) *Il supportera la responsabilité de tout dommage subi par le transporteur ou toute autre personne à raison de ses indications et déclarations irrégulières, inexactes ou incomplètes.*

Article 11

(1) La lettre de transport aérien fait foi, jusqu'à preuve contraire, de la conclusion du contrat, de la réception de la marchandise et des conditions du transport.

(2) Les énonciations de la lettre de transport aérien, relatives au poids, aux dimensions et à l'emballage de la marchandise ainsi qu'au nombre des colis, font foi jusqu'à preuve contraire; celles relatives à la quantité, au volume et à l'état de la marchandise ne font preuve contre le transporteur qu'autant que la vérification en a été faite par lui en présence de l'expéditeur, et constatée sur la lettre de transport aérien, ou qu'il s'agit d'énonciations relatives à l'état apparent de la marchandise.

. . .

Article 13

(1) Sauf dans les cas indiqués à l'article précédent, le destinataire a le droit, dès l'arrivée de la marchandise au point de destination, de demander au transporteur de lui remettre la lettre de transport aérien et de lui livrer la marchandise contre le paiement du montant des créances et contre l'exécution des conditions de transport indiquées dans la lettre de transport aérien.

La lettre de transport aérien elle-même n'a jamais été confiée à la garde de Douanes Canada, et j'estime donc que l'objection formulée par les appelantes contre les motifs de la décision du juge de première instance ne peut pas être retenue.

III

Quant à la responsabilité de Kintetsu et de S.E.B. Cargo, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion puisqu'il a refusé d'exercer sa compétence. Toutefois, étant donné que la preuve pertinente est entièrement versée au dossier, il s'agit d'un cas dans lequel il convient que cette Cour, puisqu'elle est autorisée à le faire par le sous-alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*, tire la conclusion que le juge de

Since the law is covered by the statutory code of the *Carriage by Air Act*, the liability of the respondents Kintetsu and S.E.B. Cargo is established by Article 18 as set out, *supra*, which makes a carrier "liable for damage sustained in the event of the . . . loss of . . . any cargo," provided that the loss took place during the carriage by air, defined to include the period during which the cargo is in charge of the carrier or its agent in an aerodrome.

The defence pleaded was as to the limitation of liability for loss of cargo, the amount of which is provided by Article 22(2) of the Convention, as restated by the 1955 Protocol of The Hague. However, such a limitation of liability is available only in the circumstances provided by Article 25, as restated by the 1955 Protocol. Article XIII of the Protocol, amending Article 25 of the Convention, reads as follows:

Article XIII

In Article 25 of the Convention—paragraphs (1) and (2) shall be deleted and replaced by the following:

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

Since it is common ground that there was no intent to cause damage on the part of the respondent, the only questions to be addressed are whether S.E.B. Cargo's actions were "done . . . recklessly and with knowledge that damage would probably result" and whether S.E.B. Cargo was acting within the scope of its employment by Kintetsu.

It was submitted by the appellants that the misdelivery without verification was done recklessly, with knowledge that damage would probably result from the wrong person's getting the cargo, and that S.E.B. Cargo was obviously acting within the scope of its

première instance aurait tirée s'il avait examiné l'affaire.

Étant donné que le droit est régi par le code figurant dans la *Loi sur le transport aérien*, la responsabilité des intimées Kintetsu et S.E.B. Cargo est établie par l'article 18 énoncé ci-dessus, qui rend le transporteur «responsable du dommage survenu en cas de . . . perte.. de marchandises» à condition que la perte ait été subie pendant le transport aérien, défini comme comprenant la période pendant laquelle les marchandises sont confiées à la garde du transporteur ou de son mandataire à l'aérodrome.

Le moyen de défense plaidé visait la limite de responsabilité en cas de perte de marchandise, dont le montant est prévu par l'article 22(2) de la Convention, qui a de nouveau été énoncé dans le Protocole de La Haye de 1955. Toutefois, cette limite de responsabilité ne peut être invoquée que dans les cas visés à l'article 25, qui a de nouveau été énoncé dans le Protocole de 1955. L'article XIII du Protocole, modifiant l'article 25 de la Convention, est ainsi libellé:

Article XIII

À l'article 25 de la Convention—les alinéas (1) et (2) sont supprimés et remplacés par la disposition suivante:

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

Étant donné qu'il est reconnu que l'intimée n'avait pas l'intention de causer un dommage, les seules questions à trancher sont de savoir si les actions de S.E.B. Cargo ont été «fai[tes] . . . témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement» et si S.E.B. Cargo agissait dans l'exercice de ses fonctions auprès de Kintetsu.

Les appelantes ont soutenu que la livraison défectueuse sans vérification a été faite témérairement, avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement du fait que la mauvaise personne recevrait les marchandises, et que S.E.B. Cargo agissait de

employment, its function being precisely the proper delivery of the cargo to F.M. Electronique.⁴

On its side, Kintetsu contended that its only decision in the matter was to select a bonded warehouse to receive and warehouse imported goods, hardly an act which by any standard would be defined as an act of gross negligence. It also argued that it was limited by law in its choice of warehouses for imported goods. However, on this latter point, even if I were to assume, without deciding, that such a limitation on Kintetsu's freedom of action were relevant, the testimony of the Canada Customs representative was to the effect that there were twenty-four such sufferance warehouses at Dorval at the time (transcript of evidence, December 4, 1990, p.m., at page 13)⁵ and therefore a great deal of discretion on its part as to choice of warehouse.

The appellants relied on the decision of Walsh J. in *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, [1982] 1 F.C. 756 (T.D.), upheld generally by this Court, [1988] 1 F.C. 71. This decision was said to be consistent with the law as normally applied to all carriers in cases of misdelivery as illustrated in "Carriers", *Corpus Juris Secundum*, 13 C.J.S. Carriers §417, and M. J. Gwertzman, *The Law of Transportation in its Relation to Transportation Insurance*, s. 94-96.

⁴ Kintetsu went so far in its memorandum of fact and law as to argue that the Trial Judge had "properly concluded" that the theft in question was a theft of information. In my opinion, the Trial Judge came to no such conclusion, or indeed to any factual conclusion on this branch of the case. Rather, in the context of holding that Crown employees had no causal connection with the appellants' loss, he commented (at p. 156) that "The damage was due primarily to an information leak by an unknown perpetrator." This was a reflection on the source of the problem, not a conclusion as to liability.

⁵ It is true that John McBurnie, a witness for Kintetsu, testified that he was aware of only three bonded warehouses: transcript of evidence, December 4, 1990, a.m., at p. 93. But he had less reason to be aware of the true situation than the Canada Customs representative, Alex Paquet.

toute évidence dans l'exercice de ses fonctions, qui consistaient précisément à effectuer la livraison convenable des marchandises à F.M. Électronique⁴.

De son côté, Kintetsu a soutenu que sa seule décision consistait à choisir un entrepôt de douane où les marchandises importées seraient reçues et entreposées, acte qui peut difficilement être normalement qualifié de faute lourde. Elle a également soutenu que la loi lui imposait certaines restrictions, lorsqu'il s'agissait de choisir des entrepôts pour des marchandises importées. Toutefois, sur ce dernier point, même si je supposais, sans me prononcer, que les limites auxquelles la liberté d'action de Kintetsu était assujettie sont pertinentes, le représentant de Douanes Canada a témoigné qu'il y avait, à ce moment-là, vingt-quatre entrepôts d'attente à Dorval (transcription de la preuve, 4 décembre 1990, après-midi, à la page 13⁵) et que Kintetsu avait donc une grande latitude quant au choix de l'entrepôt.

Les appelantes se sont appuyées sur la décision rendue par le juge Walsh dans *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, [1982] 1 C.F. 756 (1^{re} inst.), laquelle a d'une façon générale été confirmée par cette Cour dans [1988] 1 C.F. 71. On a dit que cette décision était compatible avec le droit qui s'appliquait normalement à tous les transporteurs dans les affaires de livraison défectueuse, tel qu'illustré dans «Carriers», *Corpus Juris Secundum*, 13 C.J.S. Carriers §417 et M. J. Gwertzman, *The Law of Transportation in its Relation to Transportation Insurance*, s. 94 à 96.

⁴ Dans son Exposé des faits et du droit, Kintetsu est allée jusqu'à soutenir que le juge de première instance avait [TRANSCRIPTION] «eu raison de conclure» que le vol en question était un vol d'informations. À mon avis, le juge de première instance n'a pas tiré pareille conclusion, ou en fait quelque conclusion de fait au sujet de cet aspect de l'affaire. En statuant qu'il n'existait aucun lien de causalité entre les préposés de l'État et la perte subie par les appelantes, il a plutôt fait remarquer (à la p. 156) que «[l]e dommage [était] d'abord imputable à un vol d'informations dont l'auteur [était] inconnu». Il s'agissait d'une réflexion au sujet de la source du problème, et non d'une conclusion au sujet de la responsabilité.

⁵ Il est vrai que John McBurnie, témoin de Kintetsu, a déclaré qu'il était au courant de l'existence de trois entrepôts de douane seulement: transcription de la preuve, 4 décembre 1990, avant-midi, à la p. 93. Cependant, il avait moins de raisons d'être au courant de la véritable situation que le représentant de Douanes Canada, Alex Paquet.

Swiss Bank Corp. v. Air Canada was a case of loss of a parcel of bank notes in the course of air transport. Walsh J. held at trial, following the French Court of Cassation, that an objective test was necessary to determine whether the fault of the carrier or its employees was intentional or reckless, before concluding that on the facts there that the fault was intentional. In light of his finding as to the existence of intention, this Court did not find it necessary to consider the question of recklessness.

In domestic criminal law, where the concept of recklessness has to be more precise, since much more is at stake, the primary issue as to whether the standard is subjective or objective is not yet settled. In *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392 and *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436, the Supreme Court split over the kind of *mens rea* required for a conviction of criminal negligence. In *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265, at page 271, Sopinka J. speaking for a unanimous Court, did not attempt to resolve the issue, but noted that "A finding that the impugned conduct is a marked departure from the standard [of an ordinary prudent person] is accordingly, central to both the objective and subjective approaches." He accordingly concluded that in that case a conclusion of recklessness could not be drawn on either basis.

In its recent decision in *R. v. Hundal* (No. 22358, March 11, 1993 [not yet reported]) the Supreme Court had to consider the *mens rea* required for the Criminal Code offence of dangerous driving in the light of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] requirement (section 7) of an element of fault for an offence carrying the possibility of imprisonment. Cory J. held for the Court that a modified objective test rather than a subjective test was all that was required, so that it was unnecessary for criminal liability to establish that the particular accused was aware of the consequences of his or her driving as a pure subjective intent would have required.

Dans *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, un colis de billets de banque avait été perdu pendant le transport aérien. Le juge Walsh a statué à l'instruction, en suivant l'avis exprimé par la Cour de cassation française, qu'il fallait se fonder sur un critère objectif pour déterminer si la faute du transporteur ou de ses employés était intentionnelle ou résultait de leur témérité, avant de conclure que, d'après les faits de l'affaire, la faute était intentionnelle. Compte tenu de cette conclusion au sujet de l'existence de l'intention, cette Cour n'a pas jugé nécessaire d'examiner la question de la témérité.

Selon le droit pénal interne, en vertu duquel la notion de la témérité doit être plus précise, étant donné que l'enjeu est beaucoup plus important, la question primordiale de savoir si la norme à appliquer est subjective ou objective n'est pas encore réglée. Dans *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, et dans *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436, la Cour suprême était partagée au sujet du genre de *mens rea* requise pour que la négligence criminelle soit reconnue. Dans *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265, à la page 271, le juge Sopinka, au nom de la Cour à l'unanimité, n'a pas tenté de régler la question, mais a fait remarquer que: «La conclusion que la conduite reprochée constitue une dérogation marquée à la norme [d'une personne raisonnablement prudente] est donc le point central de la méthode objective aussi bien que de la méthode subjective». Il a donc conclu que dans cette affaire-là, il était impossible de conclure à la témérité sur un fondement ou l'autre.

Dans la décision qu'elle a récemment rendue dans *R. c. Hundal* (n° 22358, 11 mars 1993 [encore inédit]), la Cour suprême devait examiner la *mens rea* requise dans le cas d'une infraction de conduite dangereuse fondée sur le Code criminel, à la lumière de l'exigence de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (article 7) selon laquelle une infraction susceptible de donner lieu à l'emprisonnement devait comporter un élément de faute. Le juge Cory a statué au nom de la Cour que seul un critère objectif modifié, plutôt qu'un critère subjectif, était requis, de sorte qu'aux fins de la responsabilité pénale, il n'était pas nécessaire d'établir que l'accusé en cause était au

In my view it is unnecessary for the present decision to get into the refinements of domestic criminal law as to recklessness. Whatever the criminal law standard of recklessness, the civil law interpretation of the various concepts of negligence (including recklessness as used in that context) is arguably objective: see, e.g., the view of La Forest J., a partisan of a subjective component for recklessness in a criminal context, in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at page 210. Moreover, the issue in the case at bar was argued on the basis of so-called gross negligence or gross fault by Kintetsu. The very definition of "gross negligence" cited by Kintetsu, from *Black's Law Dictionary*, rev. 4th ed., 1968 incorporates the concept of "such a gross want of care and regard for the rights of others as to justify the presumption of wilfulness and wantonness," where the emphasized words indicate the adoption of an objective standard.

In any event, I am persuaded that the result would be the same in the case at bar whether the standard of recklessness be subjective or objective. S.E.B. Cargo had the onus of taking such care as to ensure proper delivery, and it can be concluded from the facts that it not only must have been but was aware that delivery to an unauthorized person was very likely to preclude the cargo's coming into the hands of its rightful owner. In other words, the result is so obvious that it would be the same whether taken subjectively or objectively. As Lord Denning put it in *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576 (H.L.) at page 586:

It is perfectly clear law that a shipowner who delivers without production of the bill of lading does so at his peril. The contract is to deliver, on production of the bill of lading, to the person entitled under the bill of lading.

It is no defence for the respondents to maintain that they had no special instructions from F.M. Electronique as to delivery of its cargo or that it was S.E.B. Cargo's custom always to deliver goods on the mere production of a customs release. S.E.B. Cargo

courant des conséquences de sa conduite comme il aurait fallu le faire dans le cas d'une intention purement subjective.

À mon avis, en l'espèce, il est inutile d'examiner les subtilités du droit pénal interne quant à la témérité. Quelle que soit la norme de témérité en droit pénal, l'interprétation en droit civil des diverses notions de négligence (y compris la notion de témérité utilisée dans ce contexte) est probablement objective: voir, par ex., l'avis exprimé par le juge La Forest, qui était partisan d'un élément subjectif de témérité dans un contexte pénal, dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la page 210. En outre, la question en l'espèce a été débattue sur la base de la soi-disant négligence grossière ou faute lourde commise par Kintetsu. La définition même de la «négligence grossière» citée par Kintetsu, tirée du *Black's Law Dictionary*, 4^e éd. rév., 1968, incorpore la notion de [TRADUCTION] «manque si flagrant de diligence et d'égard pour les droits des autres que cela justifie la présomption d'acte intentionnel et malveillant», les mots soulignés indiquant l'adoption d'une norme objective.

Quoi qu'il en soit, je suis convaincu que le résultat serait le même en l'espèce, et ce, que la norme de témérité soit subjective ou objective. Il incombait à S.E.B. Cargo de faire preuve de la diligence nécessaire pour assurer la livraison convenable, et il peut être conclu, à partir des faits, qu'elle devait non seulement savoir, mais aussi qu'elle savait que la livraison à une personne non autorisée empêcherait fort probablement la remise des marchandises au propriétaire légitime. En d'autres termes, le résultat est si évident qu'il serait le même, et ce, subjectivement ou objectivement. Comme lord Denning l'a dit dans *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576 (H.L.), à la page 586:

[TRADUCTION] Il est parfaitement clair en droit qu'un propriétaire de navire qui livre les marchandises sans que le connaissement ait été produit le fait à ses risques et périls. Le contrat consiste à livrer les marchandises, sur production du connaissement, à la personne qui y a droit en vertu du connaissement.

Les intimées ne peuvent pas faire valoir qu'elles n'avaient reçu aucune instruction spéciale de F.M. Électronique au sujet de la livraison de ses marchandises ou que S.E.B. Cargo avait toujours l'habitude de livrer les marchandises sur simple production

was not only a sufferance warehouse having responsibility to the Crown not to deliver goods without a release. It was also, and first of all, a warehouse, owing a duty to consignees not to yield up their cargo without proper authorization. Even if I were to assume, without deciding, that a custom on the part of the sufferance warehouse industry to surrender cargo on the production of a release, without more, were a justification, there is no evidence whatsoever on the record here as to the custom of the industry, but only of this particular warehouse. For it to deliver cargo without requiring authorization is to act at its own peril.

A final argument attempted by Kintetsu was that the Trial Judge concluded that the thief or thieves would have equally had false documents which would have, in the ordinary course of carrying on of the trade, satisfied any standards of identity. What the Trial Judge actually said (at page 155) was as follows:

A false proof of identity or false power of attorney could in any case have been presented and the result would have been the same.

Quite apart from the fact that the Trial Judge was dealing with the liability of the Crown, not of Kintetsu, there is not a shred of evidence in the case as to what the defrauder had in his possession at the time. A speculative hypothesis cannot take the place of the fundamental obligation of exercising due diligence.

Since there can be no reasonable question that S.E.B Cargo was acting within its authority from Kintetsu, Kintetsu therefore cannot escape from the malfeasance of its agent acting in the course of its authority.

IV

The only remaining issue is as to interest. Section 41 of the *Federal Court Act* makes no provision for pre-judgment interest but this Court established in *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305, a successful party's right to

d'une formule de dédouanement. S.E.B. Cargo exploitait non seulement un entrepôt d'attente ayant la responsabilité, envers la Couronne, de ne pas livrer les marchandises sans mainlevée, mais aussi, et avant tout, un entrepôt qui avait l'obligation, envers les consignataires, de ne pas remettre les marchandises sans autorisation appropriée. Même si je supposais, sans me prononcer sur ce point, que le fait que, dans le secteur des entrepôts d'attente, on a l'habitude de remettre les marchandises sur simple production d'une mainlevée constitue une justification, il n'existe en l'espèce absolument aucune preuve au sujet de la coutume dans le secteur, mais uniquement au sujet de cet entrepôt particulier. En livrant les marchandises sans exiger d'autorisation, l'entreposeur agit à ses risques et périls.

Enfin, Kintetsu a tenté de soutenir que le juge de première instance avait conclu que le voleur ou les voleurs auraient de toute façon eu de faux documents qui auraient satisfait toute norme d'identification, dans le cadre ordinaire de l'exploitation de l'entreprise. En fait, le juge de première instance a dit ceci (aux pages 155 et 156):

À la limite, une fausse preuve d'identité ou une fausse procuration auraient pu être présentées que le résultat en eût été le même.

Indépendamment du fait que le juge de première instance examinait la question de la responsabilité de la Couronne, et non de Kintetsu, il n'existe pas la moindre preuve en l'espèce au sujet des documents que le fraudeur avait en sa possession au moment pertinent. Une hypothèse conjecturale ne peut pas remplacer l'obligation fondamentale voulant qu'il faut faire preuve de diligence.

Étant donné qu'il ne peut pas raisonnablement être contesté que S.E.B. Cargo agissait dans les limites des pouvoirs conférés par Kintetsu, Kintetsu ne peut donc pas se soustraire au méfait de son mandataire agissant dans les limites de ses pouvoirs.

IV

La seule question qu'il reste à trancher est celle de l'intérêt. L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne prévoit pas l'intérêt avant jugement, mais cette Cour a établi, dans *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305, que

prejudgment interest. Indeed, in *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, supra, this Court reversed the Trial Judge for not allowing prejudgment interest. Pratte J.A. wrote for the majority (at page 79):

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 the case at bar, there is no negation of interest in the contract.

Since there is no provision in the *Federal Court Act* as to the rate of prejudgment interest, it is necessary to have recourse to provincial law. The *Quebec Civil Code of Lower Canada* provides in article 1056c as follows:

Art. 1056c. The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu R.S.Q., chapter M-31 over the legal interest rate.

In order to place the appellants in the situation they would have been in if the loss had not occurred, they should be awarded the higher rate.

The rate by which the legal rate from February 10, 1987, to the date of judgment should be increased in accordance with the provisions of article 1056c should be determined on a reference, unless the parties can agree on the appropriate amount among themselves.

la partie qui a gain de cause a droit à l'intérêt avant jugement. De fait, dans *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, précité, cette Cour a infirmé la décision du juge de première instance de ne pas octroyer d'intérêt avant jugement. Le juge Pratte, J.C.A., a déclaré ceci, au nom de la majorité (à la page 79):

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.

En l'espèce, le contrat ne stipule pas qu'aucun intérêt ne sera octroyé.

Étant donné que la *Loi sur la Cour fédérale* ne contient aucune disposition au sujet du taux de l'intérêt avant jugement, il faut recourir à la loi provinciale. Le *Code civil du Bas-Canada* du Québec prévoit ceci, à l'article 1056c:

Art. 1056c. Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi du ministère du Revenu (L.R.Q., chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt.

Pour placer les appelantes dans la situation dans laquelle elles auraient été si la perte ne s'était pas produite, il faudrait octroyer le taux le plus élevé.

Le taux par lequel le taux légal, à compter du 10 février 1987 jusqu'à la date du jugement, devrait être augmenté conformément aux dispositions de l'article 1056c devrait être fixé au moyen d'un renvoi, à moins que les parties ne s'entendent à ce sujet.

V

In the result, the appeal against the defendants Kintetsu and S.E.B. Cargo must be allowed, the decision of the Trial Division of January 25, 1991, set aside in relation to those defendants, which are jointly and severally ordered to pay the appellants the sum of \$18,715.74, with prejudgment interest from February 10, 1987, to the date of judgment, and interest at the legal rate thereafter, the rate of prejudgment interest to be determined on a reference to the Senior Prothonotary, unless the parties can themselves agree on the amount. The appellants should have their costs both on appeal and at trial against the defendant Kintetsu. The appeal against the Crown must be dismissed with costs.

HUGESSEN J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

V

Par conséquent, l'appel contre les défenderesses Kintetsu et S.E.B. Cargo doit être accueilli, la décision rendue par la Section de première instance le 25 janvier 1991, infirmée en ce qui concerne ces défenderesses, auxquelles il est ordonné de verser conjointement et solidairement aux appelantes la somme de 18 715,74 \$, avec intérêt avant jugement, à compter du 10 février 1987 jusqu'à la date du jugement, et l'intérêt au taux légal par la suite, le taux de l'intérêt avant jugement devant être fixé au moyen d'un renvoi devant le protonotaire en chef, à moins que les parties ne s'entendent à ce sujet. Les dépens sont adjugés aux appelantes en appel et en première instance contre la défenderesse Kintetsu. L'appel contre la Couronne doit être rejeté avec dépens.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.