

Doc. prél. No 4  
Prel. Doc. No 4

Mai / May 1996

**NOTE SUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS  
DANS LA PERSPECTIVE D'UNE CONVENTION DOUBLE  
AVEC EXAMEN PARTICULIER DES JUGEMENTS ÉTRANGERS  
CONDAMNANT À DES DOMMAGES-INTÉRÊTS EXCESSIFS OU PUNITIFS**

établie par le Bureau Permanent

\* \* \*

**NOTE ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS  
IN THE PERSPECTIVE OF A DOUBLE CONVENTION  
WITH SPECIAL REGARD TO FOREIGN JUDGMENTS  
AWARDING PUNITIVE OR EXCESSIVE DAMAGES**

drawn up by the Permanent Bureau

*Document préliminaire No 4 de mai 1996 à l'intention de  
la Commission spéciale de juin 1996 sur la question de la reconnaissance  
et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*

*Preliminary Document No 4 of May 1996 for the attention of  
the Special Commission of June 1996 on the question of the recognition  
and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters*



**NOTE SUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS  
DANS LA PERSPECTIVE D'UNE CONVENTION DOUBLE  
AVEC EXAMEN PARTICULIER DES JUGEMENTS ÉTRANGERS  
CONDAMNANT À DES DOMMAGES-INTÉRÊTS EXCESSIFS OU PUNITIFS**

établie par le Bureau Permanent

\* \* \*

**NOTE ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS  
IN THE PERSPECTIVE OF A DOUBLE CONVENTION  
WITH SPECIAL REGARD TO FOREIGN JUDGMENTS  
AWARDING PUNITIVE OR EXCESSIVE DAMAGES**

drawn up by the Permanent Bureau

**Note on the recognition and enforcement of decisions  
in the perspective of a double convention  
with special regard to foreign judgments  
awarding punitive or excessive damages**

drawn up by the Permanent Bureau

At the meeting of the Special Commission in June 1994, the problem of recognition and enforcement of decisions was discussed in a general manner only (see Conclusions Nos 33-40). It may therefore be useful to examine a few aspects of this problem in more detail. One of the principal advantages of a new convention on this topic would be to provide a framework for the removal of obstacles to the international circulation of judgments in a field where there is, with the exception of the Brussels/Lugano Conventions (and the potential exception of the Inter-American Conventions of 1979 and 1984 as they become more widely ratified) no governing multilateral convention and few bilateral instruments. The defects of the present situation, characterized by a kaleidoscopic variety of predominantly national regimes for recognition and enforcement, and the need for such a multilateral framework will only be accentuated as international contacts and trade increase – which is likely to be the case in the decades ahead.

I        REVIEW BY THE REQUESTED COURT OF THE ORIGINAL COURT'S JURISDICTION

The Special Commission in June 1994 developed a consensus "*in favour of the institution of verification by the requested judge of the original judge's jurisdiction*" (see Conclusions, No 34). Upon reflection, this conclusion raises a number of questions which the Special Commission may wish to examine. There is no doubt that, in most if not all legal systems, the question whether the original court had jurisdiction to render a decision is a condition for recognition and enforcement by the requested court.<sup>1</sup> This review may take different forms, however.

i        *Criteria for reviewing the original court's jurisdiction*

In some countries (for example, India – except for jurisdiction in respect for immovable property situated in India – Nigeria, Turkey – except when Turkish courts have exclusive jurisdiction), the criteria for reviewing the original court's jurisdiction are to be found exclusively in the law of the country of origin. In most other systems, however, the requested court will apply its own rules of private international law – in some cases, after having verified whether the court of origin had jurisdiction according to that court of origin's law. The requested court will then generally apply the same criteria which it applies *directly* to determine its own jurisdiction to determine *indirectly* whether the original court had jurisdiction. In this approach, the fact that the judgment is valid according to the rules of the court of origin does not suffice: the recognizing court reviews the original court's jurisdiction according to its own conceptions of a just distribution of jurisdiction among States. As a result, the same judgment, validly rendered in State A, may or may not be recognized and enforced in States X, Y or Z depending on varying criteria for international jurisdiction applying in those States, notwithstanding the fact that the original court, in most cases, could not possibly have been aware of those differing criteria.

---

<sup>1</sup> For a comparative overview, see L. Garb & J. Lew, *Enforcement of Foreign Judgments*, Vol. 1, Kluwer, The Hague, 1995.

**Note sur la reconnaissance et l'exécution des jugements  
dans la perspective d'une convention double  
avec examen particulier des jugements étrangers  
condamnant à des dommages-intérêts excessifs ou punitifs**

établie par le Bureau Permanent

Lors de la Commission spéciale de juin 1994, le problème de la reconnaissance et de l'exécution des décisions n'a fait l'objet que de discussions très générales (voir Conclusions Nos 33-40). Il semble dès lors utile d'examiner plus en détail certains aspects de ces problèmes. L'un des avantages principaux d'une nouvelle convention serait de prévoir un cadre général qui permette d'éliminer les obstacles à la circulation internationale des jugements dans un domaine où il n'existe, à l'exception des Conventions de Bruxelles/Lugano (et l'exception potentielle des Conventions interaméricaines de 1979 et 1984, dont la ratification progresse) aucune convention multilatérale et peu d'accords bilatéraux. Les défauts de la situation actuelle, qui se caractérisent par un kaléidoscope de régimes de reconnaissance et d'exécution à prédominance nationale, et la nécessité d'un tel cadre multilatéral seront encore accentués par l'augmentation des contacts et du commerce internationaux – ce qui semble devoir être le cas dans les prochaines décennies.

**I CONTRÔLE PAR LE JUGE REQUIS DE LA COMPÉTENCE DU JUGE D'ORIGINE**

Lors de la Commission spéciale de juin 1994 s'est dessiné un consensus «*en faveur de l'institution d'un contrôle par le juge requis de la compétence du juge d'origine*» (voir Conclusions, No 34). A la réflexion, cette conclusion soulève un certain nombre de questions que la Commission spéciale voudra examiner. Il n'y a aucun doute que dans la plupart, si ce n'est dans tous les systèmes de droit, la question de savoir si le tribunal d'origine avait compétence pour rendre un jugement est la condition pour la reconnaissance et l'exécution par le juge requis<sup>1</sup>. Néanmoins, ce contrôle peut prendre différentes formes.

*i Les critères pour le contrôle de la compétence du juge d'origine*

Dans certains pays (par exemple l'Inde – à l'exception de la compétence en matière de propriété immobilière située en Inde – le Nigéria, la Turquie – sauf lorsque les tribunaux turcs ont compétence exclusive), le critère pour le contrôle de la compétence du juge d'origine relève exclusivement de la loi de l'Etat d'origine du jugement. Néanmoins, dans la plupart des autres systèmes le tribunal requis applique ses propres règles de droit international privé – dans certains cas après avoir vérifié si le tribunal d'origine avait compétence conformément à la loi du tribunal d'origine. Le tribunal requis appliquera alors généralement les mêmes critères qu'il applique *directement* pour fonder sa propre compétence pour déterminer *indirectement* si le tribunal d'origine avait compétence. Dans cette conception, le fait que le jugement soit valide conformément aux règles du tribunal d'origine ne suffit pas: le tribunal de la reconnaissance contrôle la compétence du tribunal d'origine conformément à ses propres conceptions qu'il a d'une juste distribution des compétences entre Etats. La conséquence est que le même jugement, valide selon l'Etat A, peut être ou n'être pas reconnu et exécuté dans les Etats X, Y ou Z en raison de critères de compétence internationale différents s'appliquant dans ces Etats, et cela malgré le fait que le tribunal d'origine, dans la plupart des cas, n'a pas pu avoir été conscient de la différence de ces critères.

---

<sup>1</sup> Voir pour une étude comparative, L. Garb & J. Lew, *Enforcement of Foreign Judgments*, Vol. 1, Kluwer, La Haye 1995.

The rigidity of this approach, in particular in those instances where the rules of jurisdiction of the requested State do not confer exclusive jurisdiction upon the courts of that State (for example, jurisdiction relating to immovables, nationality, trademarks, employment contracts), has recently been criticized in some countries. This criticism has led the French *Cour de cassation* in its famous judgment *Simitch* of 6 February 1985<sup>2</sup> to rule that whenever the French rule for resolving conflicts of jurisdiction does not attribute exclusive jurisdiction on the French courts, the foreign court should be recognized as having jurisdiction if the litigation is linked sufficiently (*se rattache de manière caractérisée*) to the country whose court has been seized and if the choice of the jurisdiction is not fraudulent. Instead of applying the French criteria for direct jurisdiction to verify whether the foreign court had jurisdiction, the *Cour de cassation* has thus established a special, more flexible, but less foreseeable rule of indirect jurisdiction.<sup>3</sup> One of the effects of this rule is, rather than operating as a preliminary condition for recognition and enforcement – to be substantiated by the requesting party – it tends to operate as a ground for refusal on the initiative of the requested party. This takes us to the second aspect.

### *ii Condition for recognition or ground for refusal?*

The rule most commonly found in the various national systems concerning recognition and enforcement of judgments is that review of the jurisdiction of the original court is a condition for the enforceability of the judgment, proof of which has in principle to be established by the requesting party. However, in some systems (for example, Australia, Spain – except where the foreign judgment violates the exclusive jurisdiction of the Spanish courts, or violates the Spanish *ordre public*), the assumption is that the foreign court has jurisdiction unless the opposing party proves the contrary. In other words, the foreign judgment is – as far as the jurisdiction of the court of origin is concerned – presumed to be entitled to "full faith and credit" (a rebuttable presumption). Obviously, this puts the party seeking recognition in a more advantageous position and facilitates the recognition and enforceability of the decision.

### *iii Single convention*

One of the benefits of a single convention such as the Hague Convention of 1971 – which addresses directly only recognition and enforcement of foreign decisions and does not effect the question of assumption of jurisdiction by the original court – is that it ensures uniformity of the criteria for reviewing indirectly the jurisdiction of the original court. Thus, the Hague Convention, in Articles 10 and 11, establishes a list of indirect bases of jurisdiction and it is these criteria, and these only, which the court in the requested State must apply. The disadvantages of the system set out above (*supra, i*) are thus avoided. The logic of this system implies that the recognizing court may not apply its own criteria for indirect jurisdiction, even if they are more liberal than those of the Convention,<sup>4</sup> and it is in principle up to the party seeking recognition and enforcement to furnish proof that the foreign court had jurisdiction.

---

<sup>2</sup> *Clunet*, 1985.460, note A. Huet; *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, 369.

<sup>3</sup> See Ph. Francescakis, "Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt «Simitch» de la Cour de cassation", *Rev. crit. dr. internat. privé* 1985, pp. 243-273.

<sup>4</sup> See, however, Article 23(11) of the Convention allowing Contracting States to agree – on a bilateral basis – to a more liberal regime for recognition and enforcement but, of course, only to the extent that they respect the "black list" of the Supplementary Protocol.

La rigidité de cette approche, en particulier dans les hypothèses où les règles de compétence de l'Etat requis ne consacrent pas de compétence exclusive aux tribunaux de cet Etat (par exemple compétence relative aux immeubles, nationalité, marques de fabrique, contrats de travail), a récemment été critiquée dans certains Etats. Cette critique a amené en France la Cour de cassation, dans son fameux arrêt *Simitch* du 6 février 1985<sup>2</sup>, à déclarer que toutes les fois où la règle de conflit de juridictions française n'attribue pas exclusivement compétence aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu comme compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont les tribunaux ont été saisis et si le choix de cette compétence n'est pas frauduleux. Au lieu d'appliquer les critères français de compétence directe pour vérifier si le tribunal étranger avait compétence, la Cour de cassation a posé une règle de compétence indirecte spéciale, plus flexible mais moins prévisible<sup>3</sup>. L'un des effets de cette règle est le suivant: plutôt que d'opérer comme condition préliminaire à la reconnaissance et à l'exécution – qui doit être invoquée par la partie requérante – la règle tend à opérer comme motif de refus à l'initiative de la partie requise. Cela nous amène au second aspect.

### *ii Condition de reconnaissance ou motif de refus?*

La règle la plus commune que l'on trouve dans les différents systèmes nationaux portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements est que le contrôle de la compétence du tribunal d'origine est une condition pour l'exécution du jugement, condition dont la preuve doit en principe être administrée par la partie requérante. Néanmoins, dans certains systèmes (par exemple l'Australie, l'Espagne – sauf si le jugement étranger viole la compétence exclusive des tribunaux espagnols ou l'ordre public espagnol), on part de l'idée que le tribunal étranger avait compétence à moins qu'une partie s'opposant à cette compétence prouve le contraire. En d'autres termes, on présume que le jugement étranger – uniquement pour ce qui touche à la compétence du tribunal d'origine – se voit reconnaître l'autorité de la «*full faith and credit*» (une présomption réfutable). Manifestement, ce système place la partie qui demande la reconnaissance d'un jugement dans une position plus avantageuse et facilite la reconnaissance et l'exécution des jugements.

### *iii Convention simple*

Un des avantages d'une convention simple telle que la Convention de La Haye de 1971 – qui porte uniquement sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et n'a aucun effet sur la question de l'attribution de compétence au tribunal d'origine – réside dans le fait qu'elle assure l'uniformité des critères pour le contrôle indirect de la compétence du tribunal d'origine. Ainsi, les articles 10 et 11 de la Convention de La Haye donnent une liste des chefs de compétence indirects et ce sont ces normes, et seulement ces normes, que doit appliquer le tribunal de l'Etat requis. Les désavantages du système expliqué plus haut (*supra, i*) sont ainsi évités. La logique du système implique que le tribunal de la reconnaissance ne peut pas appliquer ses propres normes de compétence indirecte, même si celles-ci sont plus libérales que celles de la Convention<sup>4</sup>, et il appartient en principe à la partie qui requiert la reconnaissance et l'exécution d'apporter la preuve que le tribunal étranger était compétent.

---

<sup>2</sup> *Clunet* 1985, p. 460, note A. Huet; *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, p. 369.

<sup>3</sup> Voir Ph. Francescakis, «Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt «Simitch» de la Cour de cassation», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1985, p. 243-273.

<sup>4</sup> Néanmoins, voir l'article 23, ch. 11, de la Convention qui permet aux Etats contractants, par accords bilatéraux, de s'entendre sur un régime plus libéral de reconnaissance et exécution, mais naturellement dans la mesure où ils respectent la «liste noire» du Protocole additionnel.

iv *Double convention*

A double convention not only provides for uniform recognition and enforcement of judgments, but also sets out the bases on which jurisdiction may be assumed by the court of origin. In the Brussels/Lugano Conventions, the basis for assumption of jurisdiction is even exclusive: the courts of States Parties to the Convention can exercise jurisdiction in matters within the Convention only if a Convention basis is present. In such a framework, in which the criteria for jurisdiction are defined in a strict manner so that the original court can determine without ambiguity whether it has jurisdiction or not, review of the original court's jurisdiction by the requested court (except for special heads of jurisdiction such as consumer contracts, or exclusive heads of jurisdiction) tends to become a paradox. What is the purpose of establishing direct bases of jurisdiction if they are to be systematically reviewed by the requested court – why not then simply draw up a list of indirect bases of jurisdiction? Is not the idea behind a catalogue of direct bases of jurisdiction that one can have confidence in the integrity and professionalism of the courts of the Contracting States? Moreover, how should one explain the systematic review of the jurisdiction of the original court in a treaty system which prohibits the review of the judgment as to its substance? Such considerations inspired the negotiators of the Brussels Convention to abandon in principle the review of the jurisdiction of the original court.

At the Special Commission meeting in June 1994, a tendency appeared to rule out the possibility of a convention allowing each Contracting State to utilize bases for assuming jurisdiction which would be neither accepted nor prohibited by the convention, and to favour the preparation of a double convention, limiting itself, as do the Conventions of Brussels and Lugano, to bases for assuming jurisdiction which are accepted (and those which are rejected).<sup>5</sup> In light of this inclination of the Special Commission, it would seem that the question would need to be further discussed as to whether the review of the court of origin's jurisdiction is compatible with the idea of a complete double convention. What justification is there for such a review if the basic assumption is the same as in Brussels/Lugano, i.e. that Contracting States should basically trust each other's courts' integrity and professionalism in the application of the bases for assuming jurisdiction? If there is reason not to have such confidence, would that lack of confidence not have deeper ramifications and require to be dealt with more specifically (see *infra* II i)? More generally, what is the relative weight of the verification of the original court's jurisdiction in comparison to other forms of review of the judgment, in particular as to respect by a foreign court of the rights of the defendant and as to the substance of the judgment? Is it conceivable to apply a more flexible test, such as the French *Cour de cassation* developed in *Simitch* (see *supra*, i), or should the list of accepted direct bases of jurisdiction (the "white list") automatically provide the criteria for reviewing, indirectly, the court of origin's jurisdiction? Should the review of the court of origin's jurisdiction necessarily be a preliminary condition for recognition, or could the court of origin's jurisdiction be presumed to be acceptable *prima facie*, so that it would be up to the opposing party to bring lack of jurisdiction as a ground for refusal (see *supra*, ii)?

v *A special problem: review of jurisdiction of courts in a federal system*

Although of a rather technical and special character, the question of the review of jurisdiction of the court of origin, when that court is part of a non-unified judicial system, is of considerable practical importance and the Special Commission may wish to address this

---

<sup>5</sup> It will be recalled that the Working Group which met in October 1992 was of a different view and "felt that a complete double convention of the Brussels/Lugano type, appropriate as it may be in a regional framework, would be overly ambitious in the context of the broad Hague Conference membership". See *Conclusions of the Working Group meeting on enforcement of judgments*, Preliminary Document No 19 of November 1992, for the attention of the Seventeenth Session.

*iv Convention double*

Une convention double ne porte pas uniquement sur la reconnaissance et l'exécution uniforme des jugements, mais établit également les chefs de compétence au stade du litige. Dans les Conventions Bruxelles/Lugano, ces chefs de compétence sont même exclusifs: les tribunaux des Etats parties ne peuvent exercer leur compétence dans les matières relevant du domaine conventionnel que s'il existe un chef de compétence prévu par la Convention. Dans un tel cadre, dans lequel les normes de compétence sont définies de manière stricte de telle façon que le tribunal d'origine peut déterminer sans ambiguïté s'il a compétence ou non, le contrôle de la compétence du tribunal d'origine par le tribunal requis tend à devenir un paradoxe (sauf pour les chefs de compétence spéciaux tels que les contrats de consommation et les chefs de compétence exclusifs). Quel serait le but recherché de prévoir des chefs de compétence directs si ceux-ci devaient être systématiquement contrôlés par le tribunal requis – pourquoi alors ne pas établir simplement une liste de chefs de compétence indirects? L'idée sous-jacente d'un catalogue de chefs de compétence directs n'est-elle pas que l'on doive avoir confiance dans l'intégrité et le professionnalisme des tribunaux des Etats contractants? De plus, comment justifier le contrôle systématique de la compétence du tribunal d'origine dans un système conventionnel qui interdit le contrôle du jugement quant au fond? Ce sont de telles considérations qui ont inspiré les négociateurs de la Convention de Bruxelles et les ont amené à abandonner le principe du contrôle de la compétence du tribunal d'origine.

Lors de la Commission spéciale de juin 1994, une tendance s'est fait jour pour éliminer la possibilité d'une convention permettant à chaque Etat contractant d'utiliser les bases de compétence qui ne seraient ni acceptées, ni rejetées par la convention et de favoriser la préparation d'une convention double se limitant, comme les Conventions de Bruxelles et de Lugano, à des chefs de compétence qui soient acceptés (et à ceux qui soient rejetés)<sup>5</sup>. Dans la ligne de cette tendance de la Commission spéciale il semble que la question de savoir si le contrôle de la compétence du tribunal d'origine est compatible avec l'idée d'une convention double complète doit être discutée plus avant. Quelle justification y a-t-il pour un tel contrôle si le système de base est le même que celui de Bruxelles/Lugano, à savoir que les Etats contractants doivent fondamentalement avoir confiance dans l'intégrité et le professionnalisme de leurs tribunaux respectifs dans l'application des chefs de compétence? S'il existe une raison de ne pas avoir une telle confiance, ce manque de confiance n'aura-t-il pas des implications plus profondes et ne devrait-il requérir dès lors un traitement plus spécifique (voir *infra*, II i)? Plus généralement, quel est le poids relatif de la vérification de la compétence du tribunal d'origine en comparaison à d'autres formes de contrôle des jugements, en particulier celui du respect par le tribunal étranger des droits de la défense et la révision au fond du jugement? Est-il concevable d'appliquer un test plus flexible, tel que celui développé par la Cour de cassation française dans son arrêt *Simitch* (voir *supra*, i), ou la liste des chefs de compétence directs acceptés (la «liste blanche») devrait-elle automatiquement prévoir un critère de contrôle indirect de la compétence du tribunal d'origine? Le contrôle de la compétence du tribunal d'origine doit-il être nécessairement une condition préliminaire de reconnaissance, ou la compétence du tribunal d'origine peut-elle être présumée acceptée *prima facie*, de telle sorte que ce soit à la partie qui s'oppose à l'exécution de prouver l'absence de compétence comme motif de refus de reconnaissance (voir *supra*, ii)?

*v Un problème spécial: contrôle de la compétence des tribunaux dans un système fédéral*

Bien que d'un caractère plutôt technique et spécial, la question du contrôle de la compétence du tribunal d'origine, lorsque ce tribunal appartient à un système judiciaire non uniifié, est d'une importance pratique considérable et la Commission spéciale peut vouloir brièvement

---

<sup>5</sup> Il faut rappeler ici que le groupe de travail qui s'est réuni en octobre 1992 était d'un avis différent et «a considéré qu'une convention double complète, certes appropriée dans un contexte régional, comme celui de Bruxelles/Lugano, serait trop ambitieuse dans le cadre plus large de la Conférence de La Haye». Voir *Conclusions du groupe de travail sur l'exécution des jugements*, Document préliminaire No 19 de novembre 1992 à l'intention de la Dix-septième session.

briefly. The question arises in particular in respect of decisions originating in the state courts of the United States of America. In the United States, state court systems are in principle independent from the federal court system (as well as from each other) and have jurisdiction to deal with civil and commercial matters, except in so far as the federal courts have been specifically given overriding jurisdiction.<sup>6</sup> An example will illustrate the problem: suppose a state court, for example in California, has rendered a judgment whose enforcement is subsequently sought in Germany or Japan. The Californian court has based its jurisdiction on a long-arm statute which, in the eyes of the German or Japanese courts would definitely appear exorbitant if those courts were only to look at the links between the Californian court's jurisdiction and the state of origin, California, but not if they were to look at the link with the United States as a whole (e.g. because the defendant, at the time of the litigation, had his or her domicile in another state of the United States). Should the requested court in Germany or Japan, in order to review the jurisdiction of the Californian court, consider only the state of California or should it consider the United States as a whole? The consequences of either point of view are obvious, but the courts and the doctrine have been divided.<sup>7</sup> A preliminary discussion of this question, which is bound to reappear during later negotiations, may be useful in the context of a general discussion on the review of jurisdiction of the court of origin.

## II GROUNDS FOR REFUSAL OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT

At the meeting of the Special Commission in June 1994, the grounds for refusal of recognition or enforcement of decisions known in the general law or appearing in the international conventions were not discussed. A consensus, however, emerged to accept that a convention ought to contain grounds for a refusal of recognition or enforcement and that it would be necessary to go further than had the Conventions of Brussels and Lugano. "Fraud in the procedural sense", as listed in the 1971 Convention (Article 5, paragraph 1(2)) was mentioned as an example. A further discussion of this question appears desirable. The following aspects, in particular, may perhaps be discussed in more depth:

### i *Independence and impartiality of the court of origin*

Recognition and enforcement of foreign judgments within a convention system presupposes a minimum of confidence of each Contracting State in the quality of the judiciary of the other Contracting States. This is obviously a delicate question, which also touches upon the more general political issue of whether or not a future convention should be based on some sort of system of bilateralization. There may, however, be other less drastic ways to deal with this problem. A comparison of the general laws on civil procedure among various countries suggests that specific provisions dealing in a systematic way with the independence or impartiality of the court of origin as a condition for recognition or enforcement of a judgment rendered by that court are rare.<sup>8</sup> It would seem that, at least in civil or commercial matters, countries tend to accept that their courts, when faced with a question concerning the independence or impartiality of a foreign court, are capable of dealing with such questions

---

<sup>6</sup> See 28 USC paragraph 1331 ("Federal Question Jurisdiction"), paragraph 1332 ("Diversity of Citizenship") and paragraphs 1333 and following.

<sup>7</sup> See, for example, O. Sieg, "Internationale Anerkennungszuständigkeit bei US-Amerikanischen Urteilen" in *IPRax* 2/96 pp. 77-80.

<sup>8</sup> See, however, Section 4 of the Uniform Foreign Money - Judgments Recognition Act, adopted in some twenty-five states of the United States, which provides: "... (a) a foreign judgment is not conclusive if (1) the judgment was rendered under a system which does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law; ...".

étudier le problème. La question se pose en particulier à l'égard des décisions rendues par les tribunaux d'états aux Etats-Unis d'Amérique. Aux Etats-Unis, les tribunaux d'états sont en principe indépendants du système fédéral (de même qu'ils sont indépendants les uns des autres) et ont compétence en matière civile et commerciale, sauf et dans la mesure où les tribunaux fédéraux se sont vus attribués spécifiquement une compétence «exclusive»<sup>6</sup>. Un exemple va illustrer le problème: supposons qu'un tribunal d'état, par exemple en Californie, ait rendu un jugement dont l'exécution est demandée en Allemagne ou au Japon. Le tribunal californien a basé sa compétence sur un «prolongement extraterritorial de compétences» (*a long-arm statute*) qui, aux yeux des tribunaux allemands ou japonais, apparaîtrait définitivement comme exorbitant si ces tribunaux ne prenaient en compte que les rapports entre la compétence des tribunaux californiens et l'état d'origine, la Californie, mais pas s'ils retenaient les rapports avec les Etats-Unis comme un tout (par exemple parce que le défendeur, à l'époque du litige, avait son domicile dans un autre état des Etats-Unis). Le tribunal requis en Allemagne ou au Japon, en contrôlant la compétence du tribunal californien, ne doit-il prendre en considération que le seul état de la Californie ou devrait-il retenir les Etats-Unis dans leur totalité? Les conséquences du choix sont évidentes, mais les tribunaux et la doctrine sont divisés<sup>7</sup>. Une discussion préliminaire de ce problème, qui réapparaîtra naturellement plus tard lors des négociations, peut être utile dans le contexte d'une discussion générale sur le contrôle de la compétence du tribunal d'origine.

## II MOTIFS DE REFUS DE LA RECONNAISSANCE ET DE L'EXÉCUTION

Lors de la Commission spéciale de juin 1994, les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution connus dans les différents droits en général ou figurant dans des conventions internationales n'ont pas été discutés. Toutefois, un consensus s'est fait jour pour accepter qu'une convention devait contenir des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution et qu'il était nécessaire sur ce point d'aller plus loin que ce qui a été fait dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano. On a donné comme exemple la «fraude commise dans la procédure», telle que mentionnée dans la Convention de 1971 (article 5, paragraphe 1, chiffre 2). Une discussion plus approfondie sur cette question, notamment sur les aspects suivants, paraît nécessaire:

### i Indépendance et impartialité du tribunal d'origine

La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers dans un système conventionnel presuppose, de la part de chaque Etat contractant, un minimum de confiance dans la qualité du système judiciaire des autres Etats contractants. Il s'agit manifestement là d'une question délicate, qui touche également au problème de politique plus générale de savoir si la future convention doit ou non être basée sur une sorte de système de bilatéralisation. Cependant, on peut songer à traiter de ce problème d'une manière moins radicale. En comparant les lois sur la procédure civile des différents pays, on s'aperçoit qu'il est rare de trouver des règles spécifiques qui traitent d'une manière systématique de l'indépendance ou de l'impartialité du tribunal d'origine comme condition de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement<sup>8</sup>. Il semble, à tout le moins dans les affaires civiles ou commerciales, que les pays ont tendance à accepter que leurs tribunaux, lorsqu'ils sont confrontés à une question portant sur l'indépendance ou l'impartialité d'un tribunal étranger, sont à même de résoudre de telles questions cas par cas, ayant recours si nécessaire à l'exception de l'ordre public, de la fraude

<sup>6</sup> Voir 28 USC, par. 1331 («Federal Question Jurisdiction»), par. 1332 («Diversity of Citizenship») et par. 1333 et suivants.

<sup>7</sup> Voir par exemple O. Sieg, «Internationale Anerkennungszuständigkeit bei US-Amerikanischen Urteilen», *IPRax* 2/96, p. 77-80.

<sup>8</sup> Voir néanmoins la Section 4 de l'*Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act*, adopté dans quelque vingt-cinq états des Etats-Unis: «... (a) a foreign judgment is not conclusive if (1) the judgment was rendered under a system which does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law ...».

on a case-by-case basis, utilizing where necessary the public policy, due process or fraud exceptions to refuse recognition or enforcement of a judgment rendered by a dubious tribunal.

One possible way of dealing with this question would be to include in a convention a definition of the term "court" for purposes of the convention and include in that definition a requirement as to independence and impartiality.<sup>9</sup> Such a definition may in any case be desirable in view of the large variety of courts, tribunals and other institutions (including civil juries – see *infra* III) which may render decisions in the various countries of the world. While in the context of the Brussels/Lugano Conventions it suffices to provide that these instruments "shall apply in civil and commercial matters whatever the nature of the court or tribunal" (Article 1), this may not be sufficient in instruments of worldwide application.

Parallel to this definition, or even in the absence of such a definition, inclusion among the grounds for non-recognition of lack of impartiality or independence of the court of origin may also be considered as an option.

#### *ii      Review of the foreign judgment as to its substance; review of the law applied*

It should be noted that with the exception of only a few systems (for example, Belgium), the general law of most countries prohibits a review of the merits of the foreign judgment. The general absence of a requirement to review foreign judgments as to their substance is a strong indication of the relative openness and confidence that reigns in the field of recognition and enforcement of foreign judgments. A more limited and abstract requirement of review of the merits is known in France, as well as in some other States, in the context of *exequatur* proceedings. In order for a foreign judgment to be declared enforceable in France, the foreign court must have applied the law designated by the French conflict of law rules, or at least rendered a decision with an equivalent result (*Cour de cassation, arrêt Munzer*, of 6 January 1964).<sup>10</sup> As a general theory, this review of the *compétence législative* has been criticized in France itself and nowadays finds little echo in other countries. In a more limited manner, however, restricted to a decision on a preliminary question concerning the status or legal capacity of a party and other matters concerning family law and the law of succession, the review appears as a ground of refusal of recognition and enforcement in both Article 7, paragraph 2, of the 1971 Convention and Article 27, paragraph 4, of the Brussels Convention.<sup>11</sup> The exact meaning of the latter provision, and in particular the manner in which it should operate in countries which, unlike France, do not in their general law provide for any review of the applicable law, is a matter for debate.<sup>12</sup> The article, it would seem, is not relied upon frequently in practice, but it may as a security device have a certain role to play in a worldwide convention. A preliminary discussion within the Special Commission might be useful in order to gain the thoughts of the experts on this question.

---

<sup>9</sup> Inspiration might be found in Article 14 of the *United Nations Covenant on Civil and Political Rights* of 16 December 1966. See also *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* adopted by the United Nations at its Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (which are focused on criminal proceedings but also relevant in civil or commercial matters), A/Conf. 121/22/Rev. 1, and see Recommendation No R(94)12 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 13 October 1994, published by the Council of Europe in 1995.

<sup>10</sup> *Clunet* 1964.302, note Goldman; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, 344 note Batiffol.

<sup>11</sup> According to Article 27, paragraph 4, of the Brussels/Lugano Convention, a judgment shall not be recognized: "... if the court of the State of origin, in order to arrive at its judgment, has decided a preliminary question concerning the status or legal capacity of natural persons, rights in property arising out of a matrimonial relationship, wills or succession in a way that conflicts with a rule of the private international law of the State in which the recognition is sought, unless the same result would have been reached by the application of the rules of private international law of that State; ...".

<sup>12</sup> See, for example, H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano* (2nd ed.), Nos 342-349, in particular 348 and 349.

ou du «*due process*» pour refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal douteux.

Une possibilité de traiter de cette question serait de prévoir dans la convention une définition du terme «tribunal» pour les besoins de la convention et inclure dans cette définition des exigences quant à l'indépendance et l'impartialité<sup>9</sup>. De toute façon, une telle définition paraît nécessaire en raison de la large variété des cours, tribunaux et autres institutions (comportant le jury civil – voir *infra*, III) qui peuvent rendre des jugements dans les différents pays du monde. Alors que dans le contexte des Conventions Bruxelles/Lugano il a été suffisant de prévoir que ces instruments s'appliquent «en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction» (article premier), cela peut ne pas être suffisant dans un traité d'application mondiale.

En parallèle à une telle définition, ou même en l'absence d'une définition, on peut retenir à titre d'option parmi les motifs de refus de reconnaissance l'absence d'impartialité ou d'indépendance du tribunal d'origine.

### *ii Revision au fond du jugement étranger; contrôle de la loi appliquée*

Il faut tout d'abord relever qu'à l'exception de quelques systèmes seulement (par exemple la Belgique), la loi interne de la plupart des pays interdit la revision au fond d'un jugement étranger. Cette absence générale de nécessité de revision au fond des jugements étrangers est une indication évidente de l'ouverture et de la confiance relative qui règnent dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. La revision au fond est connue de manière plus limitée et abstraite en France, de même que dans quelques autres Etats, au stade de l'*exequatur*. Pour qu'un jugement étranger soit déclaré exécutoire en France, le tribunal étranger doit avoir appliqué la loi désignée par les règles de conflits françaises, ou à tout le moins rendu une décision qui a un résultat équivalent (Cour de cassation, arrêt *Munzer*, du 6 janvier 1964)<sup>10</sup>. En tant que théorie générale, ce contrôle de la compétence législative a été critiqué même en France et trouve de nos jours peu d'écho dans les autres pays. Néanmoins, dans un contexte plus limité, à savoir dans le cas d'une décision sur une question préalable relative à l'état ou à la capacité d'une partie ou à d'autres matières concernant le droit de famille et le droit de succession, la revision est admise comme motif de refus de reconnaissance et d'exécution à la fois à l'article 7, paragraphe 2, de la Convention de 1971 et à l'article 27, paragraphe 4, de la Convention de Bruxelles<sup>11</sup>. La signification exacte de cette dernière disposition, et en particulier comment elle va jouer dans les pays qui, contrairement à la France, ne connaissent pas le contrôle de la loi applicable, est une question controversée<sup>12</sup>. Il semble que dans la pratique cet article ne soit pas d'application fréquente, mais il pourrait jouer un certain rôle, à titre de sécurité, dans une convention à vocation mondiale. Une discussion préliminaire lors de la Commission spéciale peut être bénéfique pour connaître l'opinion des experts sur cette question.

<sup>9</sup> On pourra s'inspirer de l'article 14 de la *United Nations Covenant on Civil and Political Rights* du 16 décembre 1966. Voir également *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* adoptés par les Nations Unies au Septième Congrès des Nations Unies *on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* (qui sont conçus pour les procédures pénales, mais également valables en matière civile ou commerciale). A/Conf. 121.22/Rev. 1, et voir la Recommandation No R(94)12 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 13 octobre 1994, publiée par le Conseil de l'Europe en 1995.

<sup>10</sup> *Clunet* 1964, p. 302, note Goldman; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1964, p. 344, note Batiffol.

<sup>11</sup> Aux termes de l'article 27, par. 4, de Bruxelles/Lugano, les décisions ne sont pas reconnues: «... si le tribunal de l'Etat d'origine, pour rendre sa décision, a, en tranchant une question relative à l'état ou à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux testaments et aux successions, méconnu une règle de droit international privé de l'Etat requis, à moins que sa décision n'aboutisse au même résultat que s'il avait fait application des règles du droit international privé de l'Etat requis; ...».

<sup>12</sup> Voir par exemple H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano* (2e édition), Nos 342-349, en particulier 348 et 349.

*iii Public policy; fairness of the proceedings; fraud*

Under the general laws of most systems a foreign judgment will not be recognized or enforced if that judgment, or rather, in a more refined manner, the *recognition* of that judgment, would violate the requested State's public order. The same notion appears in many conventions including the Hague Convention (Article 5(1)) and Brussels/Lugano (Article 27(1)). The notion has very much the function of a "safety valve" to be utilized in cases where the recognition would lead to a result contrary to the fundamental principles of the legal order or morals of the requested State. In civil or commercial matters – excluding questions of family law and succession – such a hypothesis will be extremely rare, and the inclusion of the public order clause in the Brussels Convention has met with criticism.<sup>13</sup> A distinction should be made between public policy in the proper, substantive sense (Article 27(1) of Brussels/Lugano) and in a procedural sense concerning the fairness of the proceedings and rights of the defense (covered by Article 27(2) of Brussels/Lugano).<sup>14</sup> In practice, and in the case law of some countries of the European Union, this distinction is not always made. The French courts e.g. will (even where it cannot be said that either party had no adequate opportunity to fairly present his or her case) refuse the recognition or enforcement of a foreign judgment, if no reasons are given in the decision and no document can be produced that may serve as an equivalent to the lacking reasons.<sup>15</sup>

This is a very important practical question which the Special Commission may wish to examine. In the civil law tradition, judgments usually contain reasons, but there are important exceptions in some civil law countries, especially at the lower court level. In the common law tradition, with its emphasis on the trial in court, the giving of reasons for the decision is considered less essential to the integrity of the civil procedure. It would seem that the accommodation of this difference in approach requires a more subtle technique than the public policy clause.

During the negotiations on the 1971 Hague Convention, a debate took place on whether the public policy clause could be used where the foreign judgment contained an obvious error of fact or an obvious error of interpretation concerning the laws of the requested State. The prevailing view was that, even in such a case, the public policy clause should not be utilized. This is another point for reflection and discussion for the Special Commission.<sup>16</sup>

Article 5(2) of the Hague Convention provides that recognition or enforcement of a decision may be refused "if the decision was obtained by fraud in the procedural sense". The Brussels/Lugano Conventions do not contain a similar clause.<sup>17</sup>

The Australian Experts, in their paper for the June 1994 meeting (Work. Doc. No 1, points 29 and following), emphasized the importance of such a clause in a worldwide convention, even though some controversy exists as regards the meaning of the "fraud": may the allegations of fraud have been known to the defendant at the time of the foreign proceedings (and,

<sup>13</sup> See already P. Bellet, *Clunet* 1965, p. 862. In its judgment *Hoffmann v. Krieg* of 4 February 1988 (Case 145/836) the Court of the European Communities made it clear that the clause should be applied only in exceptional cases.

<sup>14</sup> See Droz, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*.

<sup>15</sup> See *Cour de Versailles*, 26 Sept. 1991, and *Cour de cassation*, 9 Oct. 1991, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 516 with critical note by C. Kessedjian.

<sup>16</sup> See *Actes et documents de la Session extraordinaire* (1966), p. 39.

<sup>17</sup> It has been suggested that the public policy clause of Article 27 (1) might be utilized for this purpose. See Droz, *op. cit.*, Nos 493-497, arguing however that this should only be done with great circumspection, and never in the case of intrinsic fraud.

*iii Ordre public; procédure équitable; fraude*

Dans la plupart des systèmes juridiques, un jugement étranger ne sera pas reconnu ou exécuté si ce jugement, ou plutôt de manière plus précise la *reconnaissance* de ce jugement, devait violer l'ordre public de l'Etat requis. Cette notion se retrouve dans plusieurs conventions, notamment la Convention de La Haye (article 5, chiffre 1) et Bruxelles/Lugano (article 27, chiffre 1). Cette notion remplit exactement la fonction d'une «souape de sécurité» qui intervient lorsque la reconnaissance conduirait à un résultat contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique ou de l'éthique de l'Etat requis. Dans les matières civiles ou commerciales – à l'exclusion des questions de droit de famille ou de succession – de telles hypothèses sont extrêmement rares et l'inclusion d'une clause d'ordre public dans la Convention de Bruxelles a été critiquée<sup>13</sup>. Une distinction devrait être faite entre d'une part l'ordre public au sens propre et matériel du terme (article 27, chiffre 1, de Bruxelles/Lugano) et d'autre part dans un sens procédural visant l'équité dans la procédure et les droits de la défense (couvert par l'article 27, chiffre 2, de Bruxelles/Lugano)<sup>14</sup>. En pratique, dans la jurisprudence de certains pays de l'Union européenne, cette distinction n'apparaît pas toujours. C'est ainsi que les tribunaux français refuseront la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger (même si l'on ne peut avancer que l'une des parties n'avait pas l'opportunité de présenter ses arguments d'une manière équitable), si la décision n'est pas motivée et qu'aucun document de nature à servir d'équivalents à la motivation défaillante ne peut être produit<sup>15</sup>.

Il s'agit-là d'une question pratique très importante que la Commission spéciale voudra peut-être examiner. Dans la tradition du droit civil, les jugements sont généralement motivés, mais il y a des exceptions importantes dans certains pays de droit civil, spécialement au niveau des tribunaux de première instance. Dans la tradition de la *common law*, avec son poids donné à la procédure devant les tribunaux, la motivation de la décision est considérée comme moins essentielle pour l'intégrité de la procédure civile. Il semble que le traitement de ces approches différentes nécessite une technique plus subtile que le simple recours à la réserve d'ordre public.

Lors des négociations de la Convention de La Haye de 1971, un débat a porté pour savoir si l'ordre public pouvait être invoqué à l'encontre d'un jugement étranger contenant une erreur de fait manifeste ou une erreur manifeste quant à l'interprétation des lois de l'Etat requis. La majorité a estimé que même dans un tel cas le recours à l'ordre public ne devait pas être utilisé. C'est là un autre objet de réflexion et de discussion pour la Commission spéciale<sup>16</sup>.

L'article 5, chiffre 2, de la Convention de La Haye pose que la reconnaissance ou l'exécution de la décision peut être refusée si «la décision résulte d'une fraude commise dans la procédure». Les Conventions de Bruxelles/Lugano ne contiennent pas de règle identique<sup>17</sup>.

Les Experts australiens, dans leur note à l'occasion de la réunion de juin 1994 (Doc. trav. No 1, paragraphes 29 et s.) ont souligné l'importance d'une telle clause dans une convention à vocation mondiale, même si la signification du terme «fraude» soulève quelques controverses: les allégations de fraude peuvent-elles avoir été connues par le défendeur au

<sup>13</sup> Voir déjà P. Bellet, *Clunet* 1965, p. 862. Dans son jugement *Hoffmann c. Krieg* du 4 février 1988 (Affaire 145/836), la Cour des Communautés européennes a clairement déclaré que l'exception ne devait être appliquée que dans des cas exceptionnels.

<sup>14</sup> Voir Droz, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*.

<sup>15</sup> Voir Cour de Versailles, du 26 septembre 1991, et Cour de cassation, du 9 octobre 1991, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1992, p. 516, avec note critique de C. Kessedjian.

<sup>16</sup> Voir *Actes et documents de la Session extraordinaire* (1966), p. 39.

<sup>17</sup> Il a été suggéré que la réserve de l'ordre public de l'article 27, chiffre 1, pouvait être utilisée pour ces besoins. Voir Droz, *op. cit.*, Nos 493-497, qui plaide cependant qu'un tel recours devrait être fait avec la plus grande prudence et jamais en cas de fraude intrinsèque.

indeed, may they have been raised and rejected by that court) – intrinsic fraud – or should the fraud be based on evidence not known or available at the trial – extrinsic fraud? If intrinsic fraud is to be accepted as a defence, this would imply that the requested court may in so far review the decision.

#### *iv The case of default*

If twenty years of experience of the Brussels Convention have taught one thing, it is that the various grounds of refusal listed in Article 27(1), (3), (4) and (5) are hardly ever applied in adversary proceedings in which the defendant appears. In marked contrast to this result, Article 27(2), which only applies to adversary proceedings in which the defendant does not appear (if (s)he appears, (s)he loses its protection),<sup>18</sup> is frequently relied upon in practice.

In a double convention system, such as that of the Brussels/Lugano Convention, the essential steps to protect the defendant should be taken by the first court. Article 20 of Brussels/Lugano requires the court of origin of its own motion to review whether it can base its jurisdiction on one of the provisions of the Convention. Moreover, the court is obliged to stay the proceedings so long as it is not shown (1) that the defendant has been able to receive the document instituting the proceedings, (2) in sufficient time for him to arrange for his defense. In strict logic, in a double convention, which presupposes that courts have confidence in each other's judgments, a requirement as imposed by Article 27(2) of a review by the requested court as to whether the court of origin has correctly applied these provisions is not self-evident. What should be the extent of this review in a future convention? Should it afford the same high level of protection of the defendant as the Brussels Convention offers in the interpretation of the Court of Justice of the European Communities?<sup>19</sup> The Special Commission may wish to discuss how in a future convention the balance should be struck between the rights of the defendant and those of the plaintiff. Should the requested court have discretion to determine on a case by case basis whether a default judgment rendered by the courts of another Contracting State should not be recognized and enforced?

#### *v Conflicting judgments*

As the examples of the Brussels/Lugano Conventions show, even in the context of a regional double convention, not all conflicts of judgments can be avoided through a *lis alibi pendens* provision applying to the assumption of jurisdiction stage; Article 27(3) and (5) of Brussels/Lugano require the requested court not to recognize a judgment which is irreconcilable with a judgment rendered in the requested State (whether before or after the foreign judgment), or an earlier judgment rendered in a non-Contracting State.<sup>20</sup> Under a worldwide double convention, the potential for conflict between judgments at the recognition stage is even greater, hence the need to provide for the best possible co-ordination at the jurisdiction stage: the more possibilities a double convention provides in order to avoid conflicts at the jurisdiction stage, the less the risk of conflicting judgments at the

---

<sup>18</sup> It is therefore not applicable to *ex parte* proceedings such as an order for freezing assets or other such orders intended to stop the defendant taking steps to frustrate the rights of the plaintiff and which do not require that the defendant be notified in advance.

<sup>19</sup> See judgments *Isabelle Lancray* (Case c-305/88) of 3 July 1990 and *Minalnet* (Case c-123/91) of 12 November 1992.

<sup>20</sup> Article 27 does not cover a conflict between two judgments both from Contracting States. The prevailing view is that, as in the case of a judgment given in a non-Contracting State, the earlier judgment should prevail.

moment de la procédure à l'étranger (bien plus, peuvent-elles avoir été soulevées lors de la procédure et rejetées par le tribunal) – fraude intrinsèque – ou la fraude doit-elle être basée sur des preuves qui n'étaient pas connues au moment du procès – fraude extrinsèque? Si la fraude intrinsèque devait être acceptée comme moyen de défense, cela devrait impliquer que le tribunal requis peut, dans la mesure de cette défense, contrôler la décision étrangère.

#### *iv Le jugement par défaut*

Vingt ans d'expérience de la Convention de Bruxelles ont montré à tout le moins une chose: les différents motifs de refus énumérés à l'article 27, chiffres 1, 3, 4 et 5, ne sont pratiquement jamais soulevés dans le cas d'une procédure contradictoire à laquelle le défendeur a pris part. A l'opposé et de manière marquante, l'article 27, chiffre 2, qui s'applique uniquement dans les procédures contradictoires auxquelles le défendeur fait défaut (si le défendeur prend part à l'action, le motif de refus tombe de lui-même) est souvent invoqué dans la pratique<sup>18</sup>.

Dans une convention double, telle la Convention de Bruxelles ou de Lugano, les étapes essentielles pour la protection du défendeur devraient être prises par le tribunal d'origine. L'article 20 de Bruxelles/Lugano exige du tribunal d'origine d'examiner d'office si sa compétence est fondée conformément à la Convention. De plus, le tribunal est tenu de se soucier à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi 1) que le défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance, 2) en temps utile pour se défendre. En stricte logique, dans une convention double qui presuppose que les tribunaux s'accordent une mutuelle confiance dans les jugements qu'ils rendent, l'exigence de l'article 27, chiffre 2, d'un contrôle par le tribunal requis quant à l'application correcte par le tribunal d'origine de ces dispositions n'est pas évidente. Quelle devrait être l'étendue d'un contrôle dans une convention future? Le défendeur devrait-il se voir reconnaître le même degré élevé de protection que dans la Convention de Bruxelles dans l'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes<sup>19</sup>? La Commission spéciale voudra sans doute discuter dans quelle mesure une convention future devra faire la balance entre les droits de la défense et ceux des demandeurs. Est-il concevable de laisser à la discrétion du tribunal requis d'examiner cas par cas si un jugement par défaut rendu par les tribunaux d'un autre Etat contractant doivent ou non être reconnus et exécutés?

#### *v Jugements contradictoires*

Comme le montrent les exemples des Conventions Bruxelles/Lugano, même dans le contexte d'une convention double régionale, tous les conflits de jugements ne peuvent être évités par la simple application d'une disposition sur la litispendance au stade du litige; l'article 27, chiffres 3 et 5, de Bruxelles/Lugano impose au tribunal requis de ne pas reconnaître un jugement qui est inconciliable avec une décision rendue dans l'Etat requis (que ce soit avant ou après que le jugement étranger ait été rendu) ou inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un Etat non contractant<sup>20</sup>. Dans une convention double à vocation mondiale, le conflit potentiel de jugements au stade de la reconnaissance est même plus grand, d'où la nécessité de prévoir la coordination la meilleure possible au stade du litige: plus une convention double prévoira de possibilités d'éviter un conflit au stade du litige, moins le risque de conflits de jugements existera au stade de la reconnaissance et de

<sup>18</sup> Cet article ne s'applique donc pas aux procédures *ex parte* telles que la saisine des biens ou toute autre ordonnance empêchant le défendeur de prendre des mesures mettant en danger les droits du demandeur, procédures qui n'exigent pas que le défendeur soit notifié par avance.

<sup>19</sup> Voir les arrêts *Isabelle Lancray* (Affaire c-305/88) du 3 juillet 1990 et *Minalnet* (Affaire c-123/91) du 12 novembre 1992.

<sup>20</sup> L'article 27 ne règle pas le conflit entre deux jugements rendus tous deux dans des Etats contractants. L'opinion dominante veut que, comme dans le cas d'un jugement rendu dans un Etat non contractant, le jugement le premier rendu doit prévaloir.

recognition and enforcement stage. It may therefore be desirable to give a somewhat wider grasp to the provisions on conflicting judgments in a worldwide context than they have in a regional context. Moreover, the requirement (in Brussels/Lugano) that, in order for a judgment from a non-Contracting State to be found to be irreconcilable with another judgment, the judgments must involve the same cause of action between the same parties (in the French text even "*entre les même parties dans un litige ayant le même objet et la même cause*") may well be too narrow in a worldwide context.<sup>21</sup>

### III JUDGMENTS BASED ON A JURY VERDICT

In the context of recognition and enforcement of foreign judgments, it will be useful to pay special attention to the role of the jury in civil cases, as known in common law countries and especially in the United States. In the attached note, the United States Experts describe the background of the institution, the rules and procedures which control jury conduct and, in particular, the judicial review of jury verdicts.<sup>22</sup> Given the ample opportunities for an American court to control the conduct of the civil jury, is there nevertheless need to subject the recognition or enforcement of a judgment based on a jury trial to special requirements (apart from the question of punitive damages, which will be examined *infra* IV)? What if the judge has not honoured a request of the defendant to apply one of the techniques available to it to control the conduct of the jury? These and other questions to which the note may give rise merit some further discussion.

### IV DECISIONS AWARDING EXCESSIVE OR MULTIPLE DAMAGES

One of the crucial issues in the field of recognition and enforcement is caused by the phenomenon of damages awarded by courts in excess of compensation for the actual losses suffered by the plaintiff. The attached notes prepared by the Experts from Australia, Canada, the United Kingdom and the United States show that such damages may be awarded in all these countries but that the scope of their utilization differs considerably as between the first three countries on the one hand, and the United States on the other. This of course mirrors important cultural and socio-economic differences between the social systems of these countries, which includes a larger use of administrative controls to channel hazardous conduct in the former three and greater reliance on private litigation to enhance this function in the United States, as well as the limited role of civil juries in the former three and the significant part they play in the United States. Whereas the use of multiple damages as a deterrent and a punishment is seen in the United States as important to correct and influence the conduct of the defendant and others in a similar position on the market or in society, this is much less so in other common law countries, with defamation as a major exception in the torts area.<sup>23</sup> The notes prepared by the Australian and United Kingdom Experts even refer to special statutory measures taken to enable the courts to refuse enforcement of foreign judgments for multiple damages (the *Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act 1984* and the *Protection of Trading Interests Act 1980*).

---

<sup>21</sup> Cf. H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.* No 377.

<sup>22</sup> Jury verdicts presuppose litigation in the presence of at least one defending party: in case of default of the defendant, the plaintiff will not ask for a jury trial, if only to avoid the extra costs of such a trial.

<sup>23</sup> As the United Kingdom paper illustrates, large awards in libel cases are not uncommon in the United Kingdom. A problem of recognition and enforcement of such awards in a case involving a defendant domiciled or a tort committed outside the United Kingdom may, therefore, arise already within the more limited framework of the Brussels/Lugano Conventions.

l'exécution. Il semble dès lors souhaitable de prévoir un domaine quelque peu plus élargi aux dispositions sur le conflit des jugements dans un contexte mondial que dans un cadre régional. De plus, la condition (dans Bruxelles/Lugano), pour qu'un jugement d'un Etat non contractant soit considéré comme inconciliable avec un autre jugement, que la décision doit être rendue «entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause» peut bien paraître trop restreinte dans un contexte mondial<sup>21</sup>.

### III JUGEMENTS RENDUS PAR UN JURY CIVIL

Dans le contexte de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, il sera utile de prêter une attention spéciale au rôle du jury dans les causes civiles, telles que connues dans les pays de *common law* et spécialement aux Etats-Unis. Dans la note annexée, les Experts des Etats-Unis décrivent le fondement de l'institution, les règles et procédures qui contrôlent la conduite du jury et, en particulier, la revision judiciaire des jugements rendus par un jury<sup>22</sup>. Compte tenu des nombreuses occasions pour un tribunal américain de vérifier le déroulement d'un jury civil, y a-t-il néanmoins nécessité de soumettre la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu par un jury à des conditions spéciales (mise à part la question des dommages-intérêts de caractère punitif, qui seront examinés *infra*, IV)? *Quid si* le juge n'a pas donné suite à une demande du défendeur d'utiliser une des techniques qui sont à sa disposition pour vérifier la conduite du jury? Ce problème et d'autres questions que peuvent soulever la note méritent de plus amples discussions.

### IV DÉCISIONS ACCORDANT DES DOMMAGES-INTÉRÊTS EXCESSIFS OU MULTIPLES

Une des questions les plus difficiles dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution vient de la pratique de tribunaux d'accorder des dommages-intérêts excessifs pour la compensation des dommages effectivement encourus par le demandeur. Les notes annexées, rédigées par les Experts de l'Australie, du Canada, du Royaume-Uni et des Etats-Unis, montrent que de tels dommages-intérêts peuvent être alloués dans tous les pays, mais que l'étendue de leur application diffère considérablement entre les trois premiers pays d'une part et les Etats-Unis de l'autre. Cet état de fait est naturellement le reflet de différences culturelles et socio-économiques importantes entre les différents pays, avec notamment un recours plus fréquent à des contrôles administratifs sur les conduites hasardeuses dans les trois premiers pays, alors que cette fonction relève plutôt aux Etats-Unis des procédures privées, de même que le rôle limité des jury civils dans les trois premiers pays et la part importante qu'elles prennent aux Etats-Unis. Alors qu'aux Etats-Unis l'allocation de dommages-intérêts multiples à titre préventif ou punitif est considérée comme un important moyen de corriger et d'influencer le comportement du défendeur, ou d'autres personnes dans une position similaire, dans les échanges commerciaux ou la vie de tous les jours, cet élément a beaucoup moins d'importance dans les autres pays de droit civil, à l'importante exception de la diffamation dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle<sup>23</sup>. Les notes présentées par les Experts de l'Australie et du Royaume-Uni mentionnent même des mesures légales spéciales qui permettent aux tribunaux de refuser l'exécution de jugements étrangers en cas de dommages multiples (le *Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act 1984* et le *Protection of Trading Interests Act 1980*).

---

<sup>21</sup> Cf. H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, No 377.

<sup>22</sup> Les jugements rendus par jury presupposent que la procédure s'est déroulée en présence d'au moins un défendeur; en cas de défaut du défendeur, le demandeur ne demandera pas un procès devant jury, ne serait-ce que pour éviter les frais d'un tel procès.

<sup>23</sup> Comme le montre la note du Royaume-Uni, l'allocation de larges montants dans des affaires de diffamation n'est pas rare au Royaume-Uni. Le problème de la reconnaissance et de l'exécution de tels montants dans des affaires impliquant un défendeur domicilié ou un délit commis hors du Royaume-Uni peut déjà se poser dans le cadre plus limité des Conventions Bruxelles/Lugano.

The note submitted by the United Kingdom Experts also refers to provisions in the draft Convention between the United Kingdom and the United States providing for the reciprocal recognition and enforcement of judgments in civil matters to which reference has already been made during the discussions of the Special Commission in June 1994.<sup>24</sup> The draft Convention, in its chapter on the scope of the Convention (Article 2) provided that (except for the recognition and enforcement of third State judgments), the Convention shall not apply to judgments:

*"...(2) (b) to the extent that they are for punitive or multiple damages [or civil penalties]..."*

In addition, the bracketed text of Article 8A provided as follows:

*"Where the respondent establishes that the amount awarded by the court of origin is greatly in excess of the amount, including costs, that would have been awarded on the basis of the findings of law and fact established in the court of origin, had the assessment of that amount been a matter for the court addressed that court may, to the extent then permitted by the law generally applicable in that court to the recognition and enforcement of foreign judgments, recognize and enforce the judgment in a lesser amount."*

The latter provision has been characterized as "fair in its construction" but "xenophobic in its application" because it "fails to countenance compensation for future medical expenses, which are substantial components of tort recovery in the United States".<sup>25</sup> Another question which arises is how the line should be drawn to those parts of the judgment that are "for punitive or multiple damages [or civil penalties]" excluded from the scope of the draft Convention and the excessive amount covered by Article 8A.

While the attached notes can confirm that punitive damages as awarded in the United States are in the centre of the international debate, they should also help to put the problem in the proper perspective.<sup>26</sup> Moreover, several recent cases decided in Germany, Japan and Switzerland indicate foreign concern with punitive damages generally, but also the ability of courts in civil law systems to deal with punitive damages awards under the general law on recognition and enforcement.

#### a      Germany

Two important decisions of the German highest courts, the German Federal Court (*Bundesgerichtshof*, BGH) and the German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) provide insight into the German view on foreign awards including types of damages not known in German law.

---

<sup>24</sup> The negotiations on this convention began in the early 1970's. *In 1978, subsequent to publication of the draft Convention, changes were made that resulted in a text more acceptable to the representatives of the United Kingdom. Although the United Kingdom withdrew from negotiations in 1980, the accomplishments must be considered, either in view of probable resurrection of negotiations or as a possible model for negotiations with other countries,* see D.L. Woodward, "Reciprocal Recognition and Enforcement of Civil Judgments in the United States, the United Kingdom and the European Economic Community" in *North Carolina J. Int'l & Com. Reg.*, pp. 299-334 (at page 310) (1980).

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 313.

<sup>26</sup> See the empirical data provided in the note submitted by the United States, in particular the results of the 1995 United States Department of Justice Report and the significant reform of state litigation rules, particularly in the area of punitive damages, which has taken place during the past decade.

La note remise par les Experts du Royaume-Uni mentionne également les articles du projet de Convention entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis portant sur la reconnaissance et l'exécution réciproque des jugements en matière civile, projet dont il avait déjà été fait mention lors des discussions de la Commission spéciale de juin 1994<sup>24</sup>. Le projet, dans son chapitre sur le domaine de la Convention (article 2), prévoit que (à l'exception de la reconnaissance et de l'exécution des jugements provenant d'Etats tiers) la Convention ne s'applique pas aux jugements:

*« ... (2) (b) dans la mesure où ils visent des dommages punitifs ou multiples [ou des pénalités civiles] ...».*

De plus, le texte entre crochets de l'article 8 A prévoit ce qui suit:

*«Where the respondent establishes that the amount awarded by the court of origin is greatly in excess of the amount, including costs, that would have been awarded on the basis of the findings of law and fact established in the court of origin, had the assessment of that amount been a matter for the court addressed that court may, to the extent then permitted by the law generally applicable in that court to the recognition and enforcement of foreign judgments, recognize and enforce the judgment in a lesser amount.»*

Cette dernière disposition a été estimée «juste dans sa conception» mais «xénophobe dans son application» en raison du fait «qu'elle ne prévoit pas la compensation pour les frais médicaux futurs, qui constituent une part importante des montants alloués aux Etats-Unis dans le domaine de la responsabilité délictuelle»<sup>25</sup>. Une autre question se pose de savoir comment tracer la frontière entre les parties du jugement qui portent sur «des dommages-intérêts punitifs ou multiples [ou des pénalités civiles]», exclues du domaine du projet de Convention, et les montants excessifs visés par l'article 8 A.

Alors que les notes annexées confirment que les dommages punitifs tels qu'alloués aux Etats-Unis sont au centre du débat international, elles peuvent aussi aider à recentrer le problème dans une juste perspective<sup>26</sup>. De plus, plusieurs décisions récentes rendues en Allemagne, au Japon et en Suisse, montrent bien les préoccupations générales que soulèvent les dommages punitifs, mais aussi la faculté qu'ont les tribunaux dans les systèmes de droit civil d'appréhender les jugements allouant des dommages punitifs à travers leurs lois générales sur la reconnaissance et l'exécution.

#### a L'Allemagne

Deux importantes décisions des plus hautes cours allemandes, la Cour fédérale d'Allemagne (*Bundesgerichtshof*, BGH) et la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) jettent une lumière sur la solution allemande concernant les jugements étrangers contenant des types de dommages qui ne sont pas connus par le droit allemand.

<sup>24</sup> Les négociations sur cette Convention ont commencé au début des années 70. «En 1978, suite à la publication du projet de Convention, des modifications ont été faites dont le résultat a été un texte plus acceptable pour les représentants du Royaume-Uni. Bien que le Royaume-Uni se soit retiré des négociations en 1980, les résultats atteints doivent être retenus, soit en vue de la reprise des négociations, soit comme un modèle possible pour des négociations avec d'autres pays»; voir D.L. Woodward, «Reciprocal Recognition and Enforcement of Civil Judgments in the United States, the United Kingdom and the European Economic Community», dans *North Carolina J. Int'l & Com. Reg.*, 1980, p. 299-334 (citation p. 310).

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 313.

<sup>26</sup> Voir les données empiriques fournies dans la note présentée par les Etats-Unis, en particulier les résultats qui ressortent du Rapport de 1995 du Ministère de la Justice des Etats-Unis, et la réforme importante dans les règles de procédure des états qui s'est réalisée dans la dernière décennie, principalement pour ce qui est des dommages punitifs.

The first case, already mentioned during the discussions in June 1994, concerned a Californian judgment rendered in a sexual abuse case. It should be noted at the outset that the case had very little connection with Germany, the tort having been committed in California and all the parties being American nationals; the only connection with Germany was the fact that the defendant also had German nationality and had moved to Germany after the judgment had been rendered. It may therefore not be the last word of the German courts on the enforcement of punitive damages award. The original Californian judgment included damages specifically for (1) past medical expenses, (2) future medical treatment, (3) placement costs, (4) pain and suffering, and (5) exemplary and punitive damages.<sup>27</sup> The court of first instance had recognized and declared enforceable the judgment in its entirety, including US \$400,000 of the exemplary and punitive damages. The appeal court, on the other hand, had limited the enforcement of the amount of non-material damages to about one third and denied enforcement of the exemplary and punitive damages. The BGH approved the decision of the appeal court as to punitive damages, which were refused, but allowed for the enforcement of the non-material damages.<sup>28</sup>

On each of the types of damages, the debtor had argued that the judgment violated German public policy. This first argument, rejected by the BGH, was that United States pre-trial discovery forces a party to render evidence to be used against himself, contrary to German law. Here, the BGH found that "*enforcement of a foreign judgment that might have been based upon pre-trial discovery was not fundamentally contrary to German public policy*". This also applied to the argument that future medical expenses cannot be awarded under German law. A third argument was derived from the conflict of laws provision in the German Introductory Code to the Civil Code (EGBGB) providing that "*no claim arising out of a tort committed abroad can be made against a German citizen which is larger than that provided by German laws*". The BGH found: "*the fact that a German judge, if he had to make a decision on the trial, would, by the application of binding German law, have come to a different conclusion to that reached by the foreign court, does not mean that a foreign judgment is incompatible with substantive ordre public*". Finally, the argument that German law forbids contingency fees agreements and considers such agreements null and void, was not a sufficient reason to prevent enforcement of a foreign award which includes a contingency fee for the attorney. As to the punitive damages, the BGH ruled that "*a United States judgment awarding lump sum punitive damages of a not inconsiderable amount in addition to an award for damages for material and non-material injury, cannot, as a rule, be held to be enforceable in Germany*".

The decision of the BGH was followed by a judgment of the German Constitutional Court in a case concerning not the *enforcement* of a United States decision including the award of punitive damages, but rather the *service* of process in Germany under the Hague Service Convention of such a judgment.<sup>29</sup> The argument of the defendant was again based on German public policy. After having issued a provisional protective measure on 3 August 1994, ordering that for the time being no service should be made – which suggested that there was a chance that the Constitutional Court would decide in favour of the defendant – on 7 December 1994 the court rejected the argument that service of the judgment would infringe upon Germany's sovereignty or security (Article 13 of the Hague Convention).

---

<sup>27</sup> Consistent with American practice not to require the losing party to pay the attorney fees of the winning party – which, incidentally, has not prevented United States courts from enforcing foreign judgments awarding such fees – the judgment failed to indicate whether the punitive damages were also awarded as compensation for attorney fees relating to the other types of damages. Therefore, the BGH, while discussing the possibility that a portion of the punitive damages award would have been for attorney fees, refused to speculate as to such an allocation on its own.

<sup>28</sup> BGH 4 June 1992, BGHZ 118, 312, English translation in 32 ILM 1320 (1993).

<sup>29</sup> BVerfG 7 December 1994, BVerfGE Vol. 91, 335.

La première affaire, déjà citée lors des discussions de juin 1994, concerne un jugement californien rendu à propos d'un délit sexuel. Il faut tout d'abord noter que cette affaire n'avait que très peu de lien avec l'Allemagne, le délit ayant été commis en Californie et toutes les parties au procès étant des nationaux américains; le seul lien avec l'Allemagne résidait dans le fait que le défendeur était aussi de nationalité allemande et avait déménagé en Allemagne après le jugement rendu. Il semble donc bien que ce jugement ne doive pas constituer le dernier mot des tribunaux allemands en matière d'exécution des jugements allouant des dommages punitifs. Le jugement californien d'origine allouait des dommages-intérêts spécifiquement pour 1) les frais médicaux encourus, 2) les traitements médicaux futurs, 3) les frais de placement, 4) le tort moral, et 5) des dommages-intérêts punitifs<sup>27</sup>. Le tribunal de première instance a reconnu et donné force exécutoire au jugement dans sa totalité, y compris une somme de US \$400.000 à titre de dommages punitifs. La Cour d'appel de son côté a limité à pratiquement un tiers l'exécution du montant des dommages non matériels et refusé l'exécution pour les dommages punitifs. Le BGH a approuvé la décision de la Cour d'appel quant aux dommages punitifs, qui avaient été refusés, mais accordé l'exécution pour les dommages non matériels<sup>28</sup>.

Sur tous les types de dommages, le débiteur a plaidé que le jugement violait l'ordre public allemand. Le premier argument, rejeté par le BGH, était que la procédure aux Etats-Unis du «*pre-trial discovery*» oblige une partie à fournir des preuves qui peuvent être utilisées contre elle-même, cela contrairement au droit allemand. Sur ce point, le BGH a estimé que «l'exécution d'un jugement étranger qui a été basé sur le *pre-trial discovery* n'était pas fondamentalement contraire à l'ordre public allemand». La même opinion a été rendue contre l'argument selon lequel le droit allemand ne permettait pas d'allouer des frais médicaux pour le futur. Un troisième argument était tiré des dispositions sur les conflits de lois du code introductif au Code civil allemand (EGBGB), qui prévoit que «dans le cas d'un délit commis à l'étranger, on ne peut faire valoir contre un citoyen allemand des dommages supérieurs à ceux prévus par la loi allemande». Le BGH a estimé: «Le fait qu'un juge allemand, s'il avait dû rendre une décision en l'espèce, était arrivé, par application d'une loi allemande contraignante, à une conclusion différente de celle prise par le tribunal étranger, ne signifie pas que le jugement étranger soit incompatible avec l'ordre public positif.» Finalement, l'argument selon lequel le droit allemand interdit les pactes «*de quota litis*» et considère de telles conventions comme nulles n'était pas une raison suffisante pour refuser l'exécution d'un jugement étranger qui contient un tel pacte portant sur les honoraires des avocats. Quant aux dommages punitifs, le BGH a décidé qu'«un jugement des Etats-Unis accordant, à titre de dommage punitif, un montant forfaitaire qui ne soit pas de peu d'importance en plus des compensations pour dommages matériels et non matériels, ne saurait se voir reconnaître en Allemagne la force exécutoire».

La décision du BGH a été suivie par un jugement de la Cour constitutionnelle fédérale qui ne portait pas sur l'*exécution* d'un jugement des Etats-Unis qui contenait des dommages-intérêts punitifs, mais plutôt la *notification* d'un tel jugement en Allemagne conformément à la Convention de La Haye sur la signification<sup>29</sup>. Les arguments de la défense étaient à nouveau fondés sur l'ordre public allemand. Après avoir prononcé le 3 août 1994 une mesure provisoire de sauvegarde aux termes de laquelle aucune notification ne devait être faite pour l'instant – ce qui suggérait qu'il y avait une chance que la Cour constitutionnelle se décide en faveur du défendeur – la Cour a rejeté le 7 décembre 1994 l'argument que la notification du jugement portait atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'Allemagne (article 13 de

<sup>27</sup> Conformément à la pratique américaine de ne pas mettre à la charge de la partie qui perd le procès les frais d'avocat de l'autre partie – ce qui, notons-le en passant, n'a pas empêché les tribunaux américains d'exécuter des jugements étrangers allouant de tels frais – le jugement n'indiquait pas si les dommages punitifs étaient aussi alloués en tant que compensation pour les frais d'avocat se rapportant à d'autres types de dommages. En conséquence, le BGH, tout en envisageant la possibilité qu'une partie des dommages punitifs pouvait avoir été allouée à titre de frais d'avocat, a refusé de conclure à une telle allocation.

<sup>28</sup> BGH, du 4 juin 1992, BGHZ 118, p. 312; traduction anglaise dans 32 *ILM* 1320 (1993).

<sup>29</sup> BVerfG du 7 décembre 1994, BVerfGE, Vol. 91, p. 335.

the fact that in the recognition stage German courts might deny the enforcement of any resulting punitive damages judgment was sufficient to protect the defendant, and public policy concerns alone, even though acknowledged in the recognition stage by the BGH, were not sufficient to justify a permanent injunction against service under the Convention. Interestingly, in contrast to the opinion of the BGH, which had considered that the award of punitive damages should be seen from a German constitutional viewpoint as a function restricted to the criminal courts, the Constitutional Court left no doubt that it considered punitive damages as civil matters in the sense of the Service Convention.

b      *Japan*

The judgment of the Tokyo District Court of 18 February 1991,<sup>30</sup> like that of the German *Bundesgerichtshof* of 1992 (*supra, a*), also concerned the recognition and enforcement of a Californian judgment, but in this case the connection with the requested State, Japan, was more substantial. The judgment was obtained based on a lease and construction arrangement in favour of an Oregon partnership in a suit against a Japanese corporation based in Japan and a director of the Californian subsidiary of that Japanese corporation. The judgment awarded compensatory damages and costs in the order of US \$465,000 against the Japanese corporation and the director, and punitive damages of US \$1,125,000 against the Japanese corporation only. The Japanese court took a somewhat different approach to that of the *Bundesgerichtshof* and ruled that it was "*not appropriate to conclude that a foreign judgment awarding punitive damages cannot be recognized in any case at all because punitive damages are unknown to our law or their purpose is criminal in nature*". More in line with the ruling of the German Constitutional Court in 1994, the Tokyo District Court did not feel that punitive damages as such bring a criminal law element into the matter: "... *It is difficult to deny that the purpose of punitive damages is similar to that of a fine. But directly they involve obligations between private persons. And where the punitive damages are claimed for depends on the attention of a private person. Therefore, it is not appropriate to regard them as a punishment*".

In the end, the Tokyo court nevertheless refused to enforce the Californian judgment because it felt that the findings of fact in the judgment were unreasonably insufficient to justify punitive damages.

c      *Switzerland*

The judgment of the Civil Court of Basel City of 1 February 1989, affirmed by the Court of Appeals of Basel City on 1 December 1989, again concerns a request for recognition and enforcement of a Californian judgment including a punitive damages award.<sup>31</sup> In this case, the Californian court had applied English law as the law of the contract. The case concerned a Swiss company, which had contracted to provide services in England concerning the storing and preparing of containers for shipment on behalf of an American company. The Swiss company was found by the Californian court to have improperly sold containers owned by the American company to a competitor. The defendant's conduct was found by court as having "been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff". Applying English law,<sup>32</sup> the court therefore determined exemplary damages to be available. The American company was awarded US \$ 120,000 in compensa-

---

<sup>30</sup> 35 *Japanese Annual of International Law*, p. 177 (1992).

<sup>31</sup> 1991 *Basler Juristische Mitteilungen*, p. 31.

<sup>32</sup> See the attached note on exemplary damages submitted by the United Kingdom Experts.

la Convention de La Haye). Le fait qu'au stade de la reconnaissance les tribunaux allemands pouvaient refuser l'exécution d'un jugement allouant un dommage punitif quelconque était suffisant pour protéger le défendeur, et le seul argument de l'ordre public, même reconnu au stade de l'exécution par le BGH, n'était pas suffisant pour justifier un ordre permanent contre une notification conformément à la Convention de La Haye. Il est intéressant de constater que, contrairement à l'opinion du BGH, qui avait considéré que l'allocation de dommages punitifs devait être vue en Allemagne au plan constitutionnel comme une arme réservée aux tribunaux pénaux, la Cour constitutionnelle n'a laissé aucun doute sur le fait qu'elle considérait les dommages punitifs comme une matière civile au sens de la Convention sur la signification.

#### b    *Le Japon*

Le jugement rendu par le Tribunal de District de Tokyo le 18 février 1991<sup>30</sup>, comme celui rendu par le *Bundesgerichtshof* d'Allemagne en 1992 (*supra, a*), concernait également la reconnaissance et l'exécution d'un jugement californien, mais dans ce cas le lien avec l'Etat requis, le Japon, était plus effectif. Le jugement avait été obtenu sur la base d'un contrat de bail et de construction en faveur d'une société de l'Oregon dans un procès contre une société japonaise basée au Japon et un directeur de la filiale de cette société japonaise en Californie. Le jugement allouait des dommages compensatoires et des frais de l'ordre de US \$465.000 contre la société japonaise et le directeur, et des dommages punitifs de US \$1.125.000 uniquement contre la société japonaise. Le tribunal japonais a adopté une approche quelque peu différente de celle du *Bundesgerichtshof* et a jugé «qu'il n'était pas approprié de conclure qu'un jugement étranger allouant des dommages punitifs ne peut en aucun cas être reconnu en raison du fait que les dommages punitifs sont inconnus de notre loi ou que leur but est de nature criminelle». S'alignant plus sur la décision de la Cour constitutionnelle d'Allemagne de 1994, le Tribunal de District de Tokyo n'a pas estimé que les dommages punitifs introduisaient un élément de droit pénal dans l'affaire: «... il est difficile de nier que le but de dommages punitifs est semblable à celui d'une amende. Mais ces dommages impliquent directement des obligations entre personnes privées. Et le fait de réclamer des dommages punitifs dépend de l'attention d'une personne privée. Cela étant, il n'y a pas lieu de les regarder comme une punition.»

En fin de compte, le Tribunal de Tokyo a néanmoins refusé d'exécuter le jugement californien parce qu'il a estimé que les faits retenus dans le jugement étaient absurdement insuffisants pour justifier des dommages punitifs.

#### c    *La Suisse*

Le jugement du Tribunal civil de Bâle Ville rendu le premier février 1989, confirmé par la Cour d'appel de Bâle Ville le premier décembre 1989, concernait à nouveau une demande de reconnaissance et d'exécution d'un jugement californien contenant des dommages punitifs<sup>31</sup>. Dans cette affaire, le Tribunal californien avait appliqué la loi anglaise comme loi du contrat. Elle concernait une société suisse qui avait offert ses services pour entreposer et préparer en Angleterre des conteneurs destinés au transport de marchandises pour le compte d'une société américaine. Le Tribunal californien a jugé que la société suisse avait vendu à tort à un concurrent des conteneurs appartenant à la société américaine. L'attitude de la défenderesse a été jugée par la Cour comme «ayant été calculée pour lui donner un profit à elle-même qui excède la compensation payable au demandeur». Appliquant la loi anglaise<sup>32</sup>, le tribunal a dès lors estimé que des dommages punitifs devaient être accordés. La société américaine s'est vu allouer US \$120.000 à titre de dommages compensatoires et US \$50.000 à

---

<sup>30</sup> 35 *Japanese Annual of International Law*, p. 177 (1992).

<sup>31</sup> 1991 *Basler Juristische Mitteilungen*, p. 31.

<sup>32</sup> Voir la note annexée sur des dommages pour tort moral, soumise par les Experts du Royaume-Uni.

tory damages and US \$ 50,000 in exemplary damages. The Swiss court rejected the claim of the Swiss company that enforcement of the punitive damages portion of the judgment should be denied because that would be contrary to Swiss public policy. Like the Japanese court, the Swiss court held that the mere fact that the punitive damages also served to punish, did not detract from the fact that they were awarded to a private party, and not based on the State's monopoly to punish under the criminal law system. The Basel court also found that the compensatory damages were predominant and compared the punitive damages with contractual penalty clauses available under Swiss law, which may also be in excess of actual loss. Although the cumulation of compensatory and punitive damages was not known under Swiss law, the combined damages were not ruled inconsistent with Swiss *ordre public*.

In light of the foregoing, the Special Commission may wish to reflect on the following questions, among others:

- Does the fact that punitive damages serve purposes of deterrence or punishment in itself prevent them from being characterized as either "civil" or "commercial matters" for purposes of a future convention in which these terms should preferably have an autonomous meaning?
- Does the fact that punitive or exemplary damages are unknown to the requested State's legal system justify or necessitate their being qualified as "manifestly contrary to public policy"? In this respect, would the proportion of the award for compensatory damages, as compared with punitive damages, be a relevant factor? Would it matter that part of the punitive damages might, on further analysis, might be seen as compensatory in nature? (e.g. contain an element of compensation for attorney fees?)
- In order for a future convention to deal adequately with judgments containing punitive or exemplary damages, should it (i) exclude such damages from the scope of the convention and/or (ii) contain a clause similar to that of Article 8A in the draft US/UK Convention or (iii) just contain a public policy clause?
- Should a convention facilitate the task of the requested court by requiring the court of origin, through a substantive provision in the convention's text, to specify the various heads of damages, and in particular to indicate which are compensatory and which are punitive in nature? Should a convention provide for a mechanism for judicial co-operation, allowing the requested court to ask the court of origin – or another authority in the country of origin of the judgment – for a further elucidation of the damages awarded?

titre de dommages punitifs. Le Tribunal suisse a rejeté l'argument de la société suisse qui estimait que l'exécution de la partie du jugement qui allouait des dommages punitifs devait être refusée comme étant contraire à l'ordre public suisse. Comme le Tribunal japonais, le Tribunal suisse a jugé que le seul fait que des dommages punitifs servent aussi à punir n'enlève rien au fait que ces dommages ont été alloués à une personne privée et qu'ils ne relèvent donc pas du monopole reconnu à un Etat de punir conformément à son propre droit pénal. Le Tribunal de Bâle a également estimé que les dommages compensatoires étaient en l'espèce prédominants et a comparé les dommages punitifs avec les clauses pénales contractuelles connues du droit suisse et prévues pour permettre une compensation au-delà du dommage réel. Bien que le cumul de dommages compensatoires et punitifs ne soit pas connu du droit suisse, la combinaison des dommages n'a pas été jugée comme contraire à l'ordre public suisse.

En conclusion, la Commission spéciale voudra peut-être, parmi d'autres, se pencher sur les questions suivantes:

- Le fait que les dommages punitifs poursuivent des buts de découragement ou de punition doit-il en lui-même empêcher de qualifier ces dommages de «matière civile» ou «commerciale» pour les besoins d'une convention future, dans laquelle il serait préférable que ces termes aient une signification autonome?
- Le fait que des dommages punitifs ou des dommages alloués à titre exemplaire ne soient pas connus du système légal de l'Etat requis justifie-t-il ou impose-t-il qu'ils soient qualifiés comme étant «manifestement contraires à l'ordre public»? A cet égard, la proportion entre l'allocation de dommages compensatoires par comparaison aux dommages punitifs est-il un facteur déterminant? Le fait que l'on puisse, en dernière analyse, considérer une partie des dommages punitifs comme étant par nature compensatoire joue-t-il un rôle? (Par exemple, que ces dommages contiennent un élément d'allocation d'honoraires d'avocat?)
- Afin de traiter dans une convention future d'une manière adéquate des jugements allouant des dommages punitifs ou exemplaires, cette convention devrait-elle (i) exclure de tels dommages de son champ d'application et/ou (ii) contenir une disposition similaire à celle de l'article 8 A du projet de Convention entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni ou (iii) contenir simplement une réserve de l'ordre public?
- La convention devrait-elle faciliter la tâche du tribunal requis en imposant au tribunal d'origine, au moyen d'une disposition de droit matériel dans la convention, d'indiquer la nature des différents dommages alloués et d'indiquer en particulier lesquels sont compensatoires et lesquels sont de nature punitive? La convention devrait-elle prévoir un mécanisme de coopération judiciaire permettant au tribunal requis de demander au tribunal d'origine – ou à une autre autorité dans le pays du jugement d'origine – des explications plus détaillées sur les dommages alloués?



## ANNEXES

- |                  |   |   |
|------------------|---|---|
| <b>ANNEX I</b>   | - | <i>The civil jury in the United States: a brief history and an overview of the legal constraints on its operation</i> , document submitted by the delegation of the United States |
| <b>ANNEX II</b>  | - | <i>Australian practice - in relation to recognition of foreign judgments containing punitive or multiple damage elements</i> , document submitted by the delegation of Australia  |
| <b>ANNEX III</b> | - | <i>Information note on Canadian reactions to US practice of judgments awarding punitive or multiple damages</i> , document submitted by the delegation of Canada                  |
| <b>ANNEX IV</b>  | - | <i>The history of punitive damages in US law</i> , document submitted by the delegation of the United States  |
| <b>ANNEX V</b>   | - | <i>Penal damages in private international law</i> , document submitted by the delegation of the United Kingdom  |

\* \* \*

- |                   |   |  |
|-------------------|---|--|
| <b>ANNEXE I</b>   | - | <i>Le jury civil aux Etats-Unis: bref historique et aperçu des contraintes juridiques qui lui sont imposées</i> , document soumis par la délégation des Etats-Unis   |
| <b>ANNEXE II</b>  | - | <i>Pratique australienne - à propos de la reconnaissance des jugements étrangers comportant des éléments de dommages-intérêts punitifs ou multiples</i> , document soumis par la délégation de l'Australie |
| <b>ANNEXE III</b> | - | <i>Note d'information sur les réactions canadiennes aux jugements américains condamnant à des dommages punitifs ou multiples</i> , document soumis par la délégation du Canada                             |
| <b>ANNEXE IV</b>  | - | <i>Histoire des dommages-intérêts pour préjudice moral (&lt;punitifs&gt;) aux Etats-Unis</i> , document soumis par la délégation des Etats-Unis  |
| <b>ANNEXE V</b>   | - | <i>Dommages à caractère pénal en droit international privé</i> , document soumis par la délégation du Royaume-Uni  |

## **ANNEX I**

### **THE CIVIL JURY IN THE UNITED STATES: A BRIEF HISTORY AND AN OVERVIEW OF THE LEGAL CONSTRAINTS ON ITS OPERATION**

#### I HISTORICAL BACKGROUND

The use of the jury in civil trials in Anglo-American law dates back to at least the twelfth century.<sup>1</sup> For hundreds of years, the jury was a prominent institution of the common law tradition. However, its use in England was greatly curtailed by the reform of English law in the nineteenth century and it had essentially disappeared by the middle of this century. By contrast, the existence of the civil jury was never seriously challenged in the United States, where juries are still widely used in civil trials.

The jury has deep historical significance for Americans. At the time of the American Revolution, the jury was seen as an important means of negating the power of the English sovereign.<sup>2</sup> Many states abolished formal proceedings in equity, which were associated with the monarchy, and enshrined the right to a jury trial in their constitutions.<sup>3</sup> In federal courts, the right to a jury trial in civil damages cases was guaranteed by the Seventh Amendment to the US Constitution.<sup>4</sup>

The civil jury continued to thrive well after the period of the Revolution. Distrust of authority – of judges and elected officials – continued to be a prominent feature of American political thought and reinforced the importance of the jury in judicial proceedings. Juries were entrusted with the authority to determine not only the facts in a case, but to decide the applicable law as well.<sup>5</sup> In addition, a legal profession developed around the institution and was strongly influenced by the staunch support for juries expressed in William Blackstone's "Commentaries", a book published in 1775 in England, which had a more profound and enduring influence in the United States than in England.

By the mid to late 19th century, the role of the civil jury was coming under increasing scrutiny. The growing professionalism of the American bar and judiciary and the influence

---

<sup>1</sup> Maurice Rosenberg *et al.*, *Elements of Civil Procedure, Cases and Materials* 749-52 (5th ed. 1990) (citing Maitland and Montague, *A Sketch of English Legal History* 46-58 (1915)).

<sup>2</sup> See Pamela J. Stephens, *Controlling the Civil Jury: Towards a Functional Model of Justification*, 76 *Ken. L.J.* 81, 88-89 (1987).

<sup>3</sup> Historically, in the Anglo-American legal system a distinction was made between actions in law and actions in equity. Among the many differences between such actions, proceedings in law employed the jury, while proceedings in equity did not. The formal distinction between law and equity has been abolished in the federal courts of the United States and in most states. However, suits that do not involve claims for money damages – e.g., suits for injunctions – are heard by judges, not by juries.

<sup>4</sup> "In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law." US Const. amend. VII. The first ten amendments to the US Constitution, known as the "Bill of Rights," were passed contemporaneously with the Constitution itself and contain guarantees of what are considered the most fundamental individual rights.

<sup>5</sup> See Stephens, *supra* note 2, at 89-90.

## LE JURY CIVIL AUX ETATS-UNIS: BREF HISTORIQUE ET APERÇU DES CONTRAINTES JURIDIQUES QUI LUI SONT IMPOSÉES

### I RAPPEL HISTORIQUE

Le recours au jury dans les procès civils en droit anglo-saxon remonte au moins au douzième siècle<sup>1</sup>. Pendant plusieurs centaines d'années, le jury a représenté une institution essentielle de la tradition du droit coutumier. Cependant, son usage en Angleterre a été considérablement réduit par la réforme du droit anglais au dix-neuvième siècle et il avait pratiquement disparu au milieu de notre siècle. Par contraste, l'existence du jury civil n'a jamais été sérieusement remise en cause aux Etats-Unis, où les jurys sont encore largement utilisés dans les procès civils.

Cette institution présente une signification historique profonde pour les Américains. Au moment de la Révolution américaine, le jury était considéré comme un moyen important de nier le pouvoir du souverain anglais<sup>2</sup>. De nombreux états ont aboli les procédures officielles de l'équité («equity») qui étaient associées à la monarchie et ont inscrit le droit d'être jugé par un jury dans leur constitution<sup>3</sup>. Devant les tribunaux fédéraux, le droit à un procès par jury dans les affaires de dommages-intérêts en matière civile a été garanti par le septième amendement de la Constitution des Etats-Unis<sup>4</sup>.

Le jury civil a continué à prospérer bien après la période de la Révolution. La méfiance envers les autorités – juges et représentants élus – est restée un des traits saillants de la pensée politique américaine et a renforcé l'importance du jury dans les procédures judiciaires. On a confié aux jurys l'autorité de décider non seulement des faits dans une affaire, mais de décider aussi bien du droit applicable<sup>5</sup>. En outre, une profession juridique s'est développée autour de cette institution et a été fortement influencée par le soutien énergique aux jurys exprimé dans les «Commentaires» de William Blackstone, un livre publié en 1775 en Angleterre, qui a eu une influence plus profonde et plus durable aux Etats-Unis que dans son pays.

Vers le milieu et la fin du 19ème siècle, le rôle du jury civil a fait l'objet d'un examen approfondi. Le professionnalisme grandissant du barreau et de la profession judiciaire en

<sup>1</sup> Maurice Rosenberg *et al.*, Elements of Civil Procedure, Cases and Materials 749-52 (5ème éd. 1990) (citant Maitland & Montague, A Sketch of English History 46-58 (1915)).

<sup>2</sup> Cf. Pamela J. Stevens, Controlling Civil Jury: Towards a Functional Model of Justification, 76 *Ken. L.J.* 81, 88-89 (1987).

<sup>3</sup> Historiquement, le système anglo-saxon établit une distinction entre les actions «*in law*» et celles «*in equity*». Parmi les nombreuses différences entre les deux catégories, notons que les premières ont recours au jury, mais pas les secondes. La distinction officielle entre «*law*» et «*equity*» a été abolie aux Etats-Unis au niveau fédéral et dans la plupart des états. Cependant, les procès qui ne présentent pas de demandes de dommages-intérêts, par exemple les procès en injonction, passent devant des juges et non des jurys.

<sup>4</sup> «Dans les procès de droit coutumier, si la valeur en controverse dépasse vingt dollars, le droit au procès par jury sera conservé, et aucun fait jugé par le jury ne sera réexaminé par un tribunal des Etats-Unis, autrement que selon les règles du droit coutumier.» Const. EU amend. VII. Les dix premiers amendements à la Constitution EU appellés «Déclaration des droits», ont été votés en même temps que la Constitution même et comportent des garanties des droits considérés comme les droits de la personne les plus fondamentaux.

<sup>5</sup> Cf. Stephens, note 2 *supra*, in 89-90.

of philosophies stressing rationalism and scientific thought raised doubts about the ability of juries to carry out their functions. As a result, a more clearly defined division arose between the jury as fact-finder and the judge as interpreter of the law. In addition, there was an increase in the use of procedures meant to control juries.<sup>6</sup>

Despite continued criticism of the civil jury, it remains an institution in the United States. It has strong roots in the constitutional frameworks of the federal government and of the states. Additionally – and perhaps more importantly – it has become a fixture in the American concept of a democratic and free society.

## II RESTRAINTS ON THE CIVIL JURY

### A *Summary*

Despite the appearance created by reports of large damage awards given by juries in civil cases in the United States, the civil jury is not a 12-person mob rampaging through the American judicial system. Rather, the jury is tightly integrated into the judicial system and operates in a strictly regulated environment. This system combines rules that regulate the jury's behavior and the authority of courts to review verdicts handed down by the jury.

Rules and procedures intended to limit the jury's discretion operate throughout a legal proceeding.<sup>7</sup> From the moment a jury is seated in the courtroom, these rules and procedures work to control its actions. The lawyers for each side make introductory arguments and then present evidence to support their positions. However, the type of evidence heard by the jury is limited by complicated rules regulating the admissibility of evidence in civil trials. Juries are informed that arguments of counsel are not evidence, and that only the testimony of witnesses, plus documentary and other non-oral evidence, may be the basis for findings of fact.

At any point during or following the presentation of evidence, the court may decide that the case can be decided as a matter of law. This allows a court to avoid a jury verdict altogether by issuing a summary judgment or a "judgment as a matter of law". This represents the most extreme form of jury "control".

Even where the jury is asked to make a determination, however, the court can influence its decisions. Following the presentation of evidence and the closing arguments, the jury must determine the facts in the case (decide what actually happened) and apply the relevant legal standards to reach a verdict. However, before the jury begins its deliberations, the court informs the jury of the relevant legal standards and instructs them in how to apply their factual findings to the law to come to the verdict. Through these instructions, the judge guides the jury in its deliberations.

In the classic situation, the jury returns a "general verdict" – a finding for one of the parties and, if they find for the plaintiff (the complaining party), a statement of the amount of the award – which gives no indication of how the jury reached its decision. However, federal courts and courts in a number of states can instruct the jury to return a general verdict accompanied by answers to interrogatories, or to return a "special verdict" in which the jury

---

<sup>6</sup> *Id.* at 90-92.

<sup>7</sup> The rules and procedures governing the jury vary between federal courts and state courts and among the courts of the various states. In this paper, the focus is on practice in the federal courts.

Amérique et l'influence des philosophies qui mettaient l'accent sur le rationalisme et la pensée scientifique ont soulevé des doutes sur la capacité des jurys de remplir leur mission, ce qui a abouti à diviser plus nettement les rôles entre le jury, chargé de découvrir les faits et le juge, chargé d'interpréter la loi. En outre, on a vu se multiplier les procédures destinées à contrôler les jurys<sup>6</sup>.

Bien que le jury civil continue à faire l'objet de critiques, il reste une institution aux Etats-Unis. Il possède des racines vivaces dans le cadre constitutionnel du gouvernement fédéral et des états. En outre, ce qui est peut-être le plus important, il constitue un élément indispensable à la notion américaine d'une société libre et démocratique.

## II LIMITES IMPOSÉES AU JURY CIVIL

### A Résumé

En dépit de l'impression fausse qui a été créée par les articles faisant état de dommages-intérêts très importants accordés par les jurys dans les affaires civiles aux Etats-Unis, le jury civil n'est pas une bande de 12 émeutiers lâchés au hasard dans le système judiciaire américain, mais plutôt un groupe étroitement intégré à ce système, qui fonctionne dans des conditions strictement réglementées. Ce système combine des règles qui réglementent la conduite du jury et l'autorité des tribunaux qui revisent les verdicts rendus par le jury.

Les règles et procédures conçues pour limiter le pouvoir du jury sont appliquées tout au long de la procédure judiciaire<sup>7</sup>. A partir du moment où le jury commence à siéger, ces règles et procédures sont en oeuvre pour contrôler ses actions. Les avocats de chaque partie présentent des exposés préliminaires, puis les éléments de preuve qui appuient leur position. Cependant, le type de preuves recevables par le jury est limité par des règles compliquées qui gouvernent l'admissibilité des preuves dans les procès civils. Les jurys sont informés que les arguments de l'avocat ne constituent pas des preuves et que seul le témoignage des témoins, accompagné des documents probants et autres preuves non verbales, peuvent être utilisés pour fonder le verdict.

A tout moment pendant ou après la présentation de ces preuves, le tribunal peut décider que l'affaire peut être jugée sur le point de droit, ce qui lui permet d'éviter purement et simplement le verdict par jury en rendant un jugement sommaire ou «jugement sur point de droit». Cela représente la forme la plus extrême de «contrôle du jury».

Cependant, même si le jury est prié de statuer, le tribunal peut influencer ses décisions. Après la présentation des preuves et les plaidoiries, le jury doit déterminer les faits de l'affaire (décider ce qui s'est réellement passé) et appliquer les normes juridiques pertinentes pour parvenir au verdict. Cependant, avant que le jury commence à délibérer, le tribunal l'informe des normes juridiques pertinentes et lui donne des instructions pour savoir comment mettre les décisions sur les faits dans la perspective du droit, afin de parvenir à un verdict. De par ces instructions, le juge guide le jury dans ses délibérations.

Dans la situation classique, le jury rend un «verdict général» – c'est-à-dire une décision en faveur d'une des parties et, si celle-ci est en faveur du plaignant («le plaignant»), une déclaration sur le montant des dommages et intérêts – ce qui ne donne aucune indication pour savoir comment le jury est parvenu à sa décision. Cependant, les tribunaux fédéraux et les tribunaux d'un certain nombre d'états peuvent donner comme instructions au jury de rendre un verdict général accompagné de réponses à des questions écrites ou de rendre un

<sup>6</sup> *Id. in* 90-92.

<sup>7</sup> Les règles et procédures gouvernant le jury varient entre les tribunaux fédéraux et ceux d'état et entre les tribunaux des divers états. Le présent article est centré sur la pratique des tribunaux fédéraux.

simply answers specific questions of fact and does not apply the law. Both of these alternatives can give the judge greater influence over the verdict.

A further opportunity to regulate jury conduct comes after a jury has reached its verdict. The verdict is subject to two basic forms of judicial review. The first type of review occurs in the trial court itself, where in certain circumstances the judge may set aside the verdict and either issue a judgment for the other party or order a new trial. The second type of review is appellate review by a panel of judges.

B      *Specific rules and procedures which control jury conduct*

1      Rules of evidence

The admissibility of evidence in a trial in the United States is governed by complex rules. The purpose of these rules is to ensure that verdicts are based only on evidence which is relevant, and which is not unduly and unfairly prejudicial to either party. In large part, these rules exist because juries exist. We trust that a judge who hears non-relevant and prejudicial evidence is able to disregard that information and make a decision based only on relevant, non-prejudicial evidence. This can be seen by the fact that the presiding judge is responsible for determining what evidence should be admitted, even when that judge is presiding over a non-jury trial. This means that the judge will hear evidence that may not be admissible in court. In contrast, the system considers jurors to be less capable. Thus, questions of admissibility are argued outside the presence of the jury so that the jury is not tempted by this forbidden evidence.

The effort to control the jury's sources of information is not limited to evidentiary rules. Jurors are routinely admonished to refrain from reading or listening to news related to the case they are deciding. Moreover, in cases which generate overwhelming public attention, jurors can be sequestered to shield them from information that would not be admissible in court.<sup>8</sup>

2      Summary judgments and judgments as a matter of law

Generally, the jury's function in a civil trial is to decide issues of fact on the basis of the evidence presented; questions of law are decided by the judge.<sup>9</sup> Thus, if a case presents a question of law and there is "no genuine issue as to any material fact",<sup>10</sup> the judge may rule in favor of one the parties, bypassing the jury altogether. This can occur when there is no actual dispute about the facts (*i.e.* the parties agree on the facts in the case, but disagree as to the law). It can also occur when there is a dispute about the facts, but the disagreement

---

<sup>8</sup> It is interesting to note that originally, juries were selected precisely because they could decide cases based on their personal knowledge of the case. This began to change with the formalized presentation of evidence that changed the function of jurors from witnesses to finders of fact. By the nineteenth century, it was a legal maxim that juries should base their conclusions only on the evidence presented in court.

<sup>9</sup> For the purpose of this paper, the characterization of the role of a civil jury in federal court as fact finding is sufficient, but it is a significant oversimplification. In some states, juries are able to decide all issues in a case whether of a factual or legal nature, and may even choose not to apply laws they disagree with. Even in the federal courts, however, where juries are considered finders of fact, courts recognize that many issues that juries must – and do – decide contain elements of both fact and law. However, an adequate discussion of this issue is well beyond the scope of this paper.

<sup>10</sup> Fed. R. Civ. P. 56(c).

«verdict spécial» dans lequel le jury se contente de répondre à des questions précises sur les faits et n'applique pas la loi. Ces deux possibilités peuvent donner au juge plus d'influence sur le verdict.

Une possibilité supplémentaire de réglementer la conduite du jury se présente une fois que le jury est parvenu au verdict. Celui-ci est soumis à deux formes essentielles de revision judiciaire. La première a lieu au tribunal même, quand dans certaines circonstances le juge peut casser le verdict et soit rendre un jugement en faveur de l'autre partie ou ordonner un nouveau procès. La seconde forme de revision est faite en appel par un groupe de juges.

## B      *Règles et procédures spécifiques contrôlant la conduite du jury*

### 1      Règles concernant les éléments de preuve

La recevabilité des preuves dans un procès aux Etats-Unis est régie par des règles complexes qui ont pour fin de garantir que les verdicts soient fondés uniquement sur des preuves qui soient pertinentes et qui ne soient pas indûment et injustement préjudiciables à l'une ou l'autre des parties. Dans une grande mesure, ces règles existent parce que les jurys existent. Nous sommes sûrs qu'un juge à qui sont présentés des éléments de preuve non pertinents et inopérants est capable de ne pas en tenir compte et de fonder sa décision uniquement sur les éléments de preuve pertinents et non préjudiciables. On peut s'en rendre compte par le fait que le Président du tribunal est chargé de décider quelles preuves sont recevables, même quand il préside à un procès sans jury. Cela signifie que le juge se verra présenter des preuves qui ne seront peut-être pas recevables. Par contraste, le système considère que les jurés sont moins compétents; les questions de recevabilité sont donc débattues en dehors de leur présence, de manière à ce que le jury ne soit pas tenté par ces preuves défendues.

Les tentatives pour contrôler les sources d'information du jury ne se limitent pas aux règles sur les preuves. Les jurés sont régulièrement avertis de ne pas lire ni écouter des informations qui concernent l'affaire sur laquelle ils ont à statuer. En outre, dans les affaires qui attirent une attention considérable du public, les jurés peuvent être séquestrés afin de les protéger de toute information qui ne serait pas recevable au tribunal<sup>8</sup>.

### 2      Jugements sommaires et jugements sur point de droit

En général, dans un procès au civil, le jury a pour mission de décider des points de fait, sur la base des preuves qui lui sont présentées; les points de droit sont tranchés par le juge<sup>9</sup>. En conséquence, si une affaire présente une question de droit et qu'il n'y ait pas de débat réel sur un fait important<sup>10</sup>, le juge peut statuer en faveur de l'une des parties, en évitant ainsi complètement le jury. Cela peut se produire quand le litige ne porte pas sur les faits proprement dits (c'est-à-dire que les parties conviennent des faits, mais sont en désaccord sur le droit). La même situation se présente également quand il y a litige sur les faits, mais qu'il

<sup>8</sup> Il est intéressant de remarquer qu'à l'origine, les jurys étaient choisis précisément parce qu'ils pouvaient statuer en se fondant sur la connaissance personnelle des jurés. Cette situation a commencé à évoluer avec la codification de la présentation des éléments de preuve qui a transformé les jurés, qui étaient des «témoins», en décideurs sur les faits. Dès le dix-neuvième siècle, la maxime juridique était que les jurés devaient fonder leurs conclusions uniquement sur les preuves présentées au tribunal.

<sup>9</sup> Aux fins du présent article, il suffit de caractériser le rôle du jury civil comme celui du décideur des faits, mais il s'agit d'une simplification significative. Dans certains états, le jury peut statuer sur tous les points d'une affaire, qu'ils soient de fait ou de droit, et il peut même décider de ne pas appliquer les lois qu'il désapprouve. Cependant, même devant les tribunaux fédéraux, où les jurys ont pour mission de décider des faits, les tribunaux reconnaissent que beaucoup de questions que les jurys ont à trancher comportent en même temps des éléments de fait et de droit. Cependant, une discussion adéquate dépasse de beaucoup l'ambition du présent article.

<sup>10</sup> Fed. R. Civ. P. 56(c).

is immaterial (*i.e.* no matter which party's version of the facts is accepted, the law favors one of the parties).

There are two mechanisms for bypassing the jury in such cases: the summary judgment<sup>11</sup> and the judgment as a matter of law.<sup>12</sup> A summary judgment is issued in response to a motion made by either party before the trial begins. A judgment as a matter of law occurs after some or all of the evidence has been presented, again in response to a motion by one of the parties. Under both procedures, the judge issues the judgment without assistance from the jury.

### 3 Instructions

Generally, after all the evidence is presented and both sides have made their closing statements the case goes to the jury, which will issue a general verdict. A jury must consider three elements in arriving at a verdict: the facts, the law, and the application of the facts to the law. It is the jury that determines what the facts are and the jury that determines how to apply the facts to the law.<sup>13</sup> However, juries are not expected to know what the law is, and so after arguments are completed and before the jury recesses to begin deliberation, the judge instructs (or "charges") the jury.<sup>14</sup>

The procedure for instructing the jury varies among states and between states and federal courts, and has changed over time. In common law tradition, a judge would go over each issue raised in the case and explain the law applicable to each issue, whether or not either party requested such instructions. In doing so, the judge would generally summarize the evidence relevant to each charge and indicate how the law should be applied to the possible factual findings. In summarizing the evidence, a judge would be permitted to comment on the evidence and to discuss the relative weight of the evidence, as long as it was clear that the ultimate decision on the evidence was left to the jury.<sup>15</sup> This traditional approach is still used in federal courts and in a small number of states.

In most state courts, however, judges are not permitted to comment on the evidence.<sup>16</sup> In the nineteenth century, a number of states passed laws to restrict the judge's discretion in instructing the jury. There were three basic types of limitations. The first type gave much of the discretion to the parties in the case, by permitting them to request instructions on particular charges. The judge could grant or deny the request, but could not give instructions that were not requested by the parties. A second type of limitation required the instructions to be given before closing arguments were made. The third type of limitation forbade a judge from commenting on the evidence in the case. Some combination of these restrictions still applies in the courts of most states.

---

<sup>11</sup> Fed. R. Civ. P. 56.

<sup>12</sup> Fed R. Civ. P. 50. The term "judgment as a matter of law" recently replaced two terms in the federal courts: "directed verdict" (which occurs *before* the case goes to a jury, as described here) and "judgment notwithstanding the verdict" (which occurs *after* the jury returns a verdict, and is discussed in Part C, *infra*). The change was made to emphasize the close connection between the two actions. The older terms are still quite common and are used in nearly all state courts.

<sup>13</sup> See *supra* note 9.

<sup>14</sup> Each party may file motions requesting that the judge use particular instructions. However, it is the judge who ultimately decides what instructions will be used.

<sup>15</sup> Fleming James, Jr., *Sufficiency of the Evidence and Jury-Control Devices Available Before Verdict*, 47 Va. L. Rev. 218, 235-36 (1961).

<sup>16</sup> Walter W. Steele, Jr. & Elizabeth G. Thornburg, *Jury Instructions: A Persistent Failure to Communicate*, 67 N.C.L. Rev. 77, 102 (1988).

soit sans conséquences (c'est-à-dire que quelle que soit la partie dont la version des faits est reconnue, la loi est en faveur de l'une des deux parties).

Il existe deux mécanismes pour contourner le jury dans ces situations: le jugement sommaire<sup>11</sup> et le jugement sur point de droit<sup>12</sup>. Le premier est rendu en réponse à une motion présentée par l'une ou l'autre des parties avant le commencement du procès. Le second intervient quand les éléments de preuve ont été introduits, en tout ou partie, là encore en réponse à une motion de l'une des parties. Dans les deux procédures, le juge rend son jugement sans l'aide du jury.

### 3 Instructions

En général, quand tous les éléments de preuve ont été présentés et que les deux parties ont conclu leurs plaidoiries, l'affaire est entre les mains du jury qui rendra un verdict général. Pour ce faire, il doit prendre en considération les trois éléments suivants: les faits, la loi et l'application des faits à la loi. C'est le jury qui détermine la nature des faits et la manière de les appliquer à la loi<sup>13</sup>. Cependant, comme les membres du jury ne sont pas tenus de connaître la loi, une fois les plaidoiries terminées et avant que le jury se retire pour délibérer, le juge lui donne des instructions<sup>14</sup>.

La procédure des instructions au jury varie suivant les états, et entre les tribunaux d'état ou fédéraux et a changé avec le temps. Dans la tradition du droit coutumier, le juge abordait chaque point soulevé dans l'affaire et expliquait la loi applicable à chacun, que ces instructions aient été sollicitées ou non par l'une des parties. Il récapitulait généralement les preuves pertinentes à chaque accusation et indiquait comment la loi devrait être appliquée aux conclusions éventuelles sur les faits. Ce faisant, il était autorisé à faire des remarques sur les éléments de preuve et à en discuter la valeur relative, tant qu'il restait clair que la décision définitive à ce sujet restait l'apanage du jury<sup>15</sup>. Cette méthode traditionnelle est encore utilisée dans les tribunaux fédéraux et dans un petit nombre d'états.

Dans la plupart des tribunaux d'état, cependant, les juges ne sont pas autorisés à commenter les éléments de preuve<sup>16</sup>. Au dix-neuvième siècle, plusieurs états ont voté des lois qui limitaient la liberté du juge concernant les instructions au jury. Ces limitations peuvent être rangées dans trois grandes catégories: la première fait passer une bonne partie de cette liberté aux parties, en leur permettant de requérir des instructions sur les chefs d'accusation particuliers. Le juge peut accorder ou refuser cette demande, mais ne peut donner des instructions qui ne soient pas requises par les parties. Dans la seconde catégorie, les instructions doivent être données avant que les plaidoiries définitives soient prononcées. La troisième catégorie de limitations interdit à un juge de commenter les preuves d'une affaire. Une combinaison quelconque de ces restrictions est encore appliquée dans la plupart des états.

<sup>11</sup> Fed. R. Civ. P. 56.

<sup>12</sup> Fed. R. Civ. P. 50. L'expression «jugement sur point de droit» a récemment remplacé deux expressions des tribunaux fédéraux: «verdict imposé» (avant que l'affaire soit présentée au jury) et «jugement nonobstant le verdict» (après que le jury ait rendu son verdict, cf. Partie C, *infra*). Cette modification a été adoptée afin de souligner la relation étroite entre les deux actions. Les expressions anciennes sont encore répandues et utilisées dans presque tous les tribunaux d'état.

<sup>13</sup> Cf. note 9 *supra*.

<sup>14</sup> Chaque partie peut présenter une motion demandant que le juge donne certaines instructions, mais c'est le juge qui décide en définitive quelles instructions il donnera.

<sup>15</sup> Fleming James, Jr., *Sufficiency of the Evidence and Jury-Control Devices Available Before Verdict*, 47 *Va. L. Rev.* 218, 235-36 (1961).

<sup>16</sup> Walter W. Steele, Jr. & Elizabeth G. Thornburg, *Jury Instructions: A Persistent Failure to Communicate*, 67 *N.C.L.Rev.* 77, 102 (1988).

Despite the significant variance in procedure, it is possible to identify a standard content in the judge's instructions. The judge will first identify the issues that the jury must address, and rules of law applicable to those issues. The judge must also indicate which party has the burden of proof on each issue, and what the nature of the burden is. Generally, the judge will remind the jurors that they must assess the credibility of the witnesses and will instruct them in how to make reasonable inferences of fact from the evidence.

The instructions allow a judge to establish a framework for the jury's deliberations by drawing the jury's attention to the individual issues in the case and, in federal courts, to the evidence relevant to each issue. The importance of the instructions should not be underestimated. The judge is in a position of considerable honor and respect in the courtroom. Moreover, the instructions are the last thing heard by the jury before it begins its deliberation, except in the few states that require instructions before closing. The influence of the instructions on the jury is intentional. This advice given by the judge has long been considered a safeguard against the prejudices and relative ignorance of a lay jury.<sup>17</sup>

#### 4 Special verdicts and interrogatories

One prominent feature of general verdicts is their inscrutability. Unlike a judge, who writes an opinion, when a jury returns a general verdict it is not required, nor indeed is it permitted, to offer a rationale for the decision. Thus, the general verdict presents the possibility that decisions based on a misunderstanding or disregard of the law will go unchallenged. Two alternatives to general verdicts – special verdicts and interrogatories – make jury verdicts more comprehensible and give courts additional control over verdicts. Special verdicts and interrogatories are available in federal courts and the courts of a number of states.

In a special verdict, the jury makes determinations regarding specific questions of fact, rather than issuing a general verdict.<sup>18</sup> The judge then applies the applicable rules of law to the jury's conclusions on the issues of fact and enters a judgment accordingly. When charging the jury to return a special verdict, the judge gives no instructions on the substantive law beyond what is necessary to allow the jury to answer the questions assigned to it.

Rather than charge juries to return a special verdict, a judge can prepare interrogatories on specific issues of fact.<sup>19</sup> When the jury announces its general verdict it will also give answers to each of the interrogatories. The interrogatories serve to explain the grounds for the verdict and to give the judge additional control over the outcome of the case. When the jury returns the answers and the general verdict, one of three things may occur in federal court:

- 1 if the answers to the interrogatories are consistent with each other and with the general verdict, the judge issues a judgment in conformity with the verdict;
- 2 if the answers are consistent with each other, but one or more are inconsistent with the verdict, the judge may either enter a judgment in conformity with the answers, send the jury back for further deliberation, or order a new trial;

---

<sup>17</sup> It is worth noting, however, that a number of studies have shown that juries understand only a small portion of a judge's instructions. See Steele & Thornburg, *supra* note 16, at 77-87. Naturally, this lack of comprehension will blunt the impact of the instructions.

<sup>18</sup> Fed. R. Civ. P. 49(a).

<sup>19</sup> Fed. R. Civ. P. 49(b).

Malgré les variations importantes de procédure, il est possible de déterminer le contenu standard des instructions du juge. Il doit d'abord indiquer les questions que le jury doit examiner et les règles de droit qui leur sont applicables. Il doit aussi indiquer à quelle partie incombe la charge de la preuve sur chaque point et la nature de cette obligation. En général, le juge rappelle aux jurés qu'ils doivent évaluer la crédibilité des témoins et leur explique comment faire des déductions raisonnables sur les faits à partir des preuves.

Les instructions permettent à un juge d'établir le cadre des délibérations du jury en attirant l'attention des jurés sur les points particuliers de l'affaire et, dans les tribunaux fédéraux, sur les éléments de preuve pertinents à chaque point. Leur importance ne doit pas être sous-estimée. Le juge jouit en effet d'un respect et d'un prestige considérables au tribunal. De plus, ces instructions représentent la dernière intervention qu'entendent les jurés avant de commencer à délibérer, sauf dans le petit nombre d'états qui les placent avant les dernières plaidoiries. Leur influence sur le jury relève d'une intention délibérée; on considère depuis longtemps que les conseils du juge constituent une précaution contre les préjugés et l'ignorance relative d'un jury non-spécialiste<sup>17</sup>.

#### 4 Verdicts spéciaux et interrogatoires

Entre autres traits marquants, les verdicts généraux se signalent par leur caractère inscrutable. Alors que le juge présente un jugement écrit, le jury qui rend un verdict général n'est pas tenu, en fait, n'est pas autorisé, d'expliquer les motifs de sa décision. C'est pourquoi il existe alors une possibilité que des décisions fondées sur une interprétation erronée ou sur le mépris de la loi ne soient pas remises en cause. Deux solutions de rechange au verdict général, le verdict spécial et les interrogatoires, permettent de mieux comprendre le verdict du jury et donnent aux tribunaux plus de contrôle sur les verdicts. Les verdicts spéciaux et les interrogatoires existent dans les tribunaux fédéraux et les tribunaux d'un certain nombre d'états.

Dans un verdict spécial, le jury rend des décisions sur certaines questions de fait, plutôt que de rendre un verdict général<sup>18</sup>. Le juge applique ensuite les règles de droit applicables aux conclusions du jury sur les faits et rend son jugement en conséquence. Quand le juge donne comme instructions au jury de rendre un verdict spécial, il ne lui donne pas d'instructions sur le droit de fond, à part ce qui est nécessaire pour permettre à celui-ci de répondre aux questions qui lui sont posées.

Au lieu d'adopter cette solution, le juge peut aussi préparer des «interrogatoires» sur des questions de fait particulières<sup>19</sup>. Quand le jury rend son verdict général, il répond aussi à chaque série de questions. Les interrogatoires servent à expliquer les motifs à la base du verdict et donnent au juge un contrôle supplémentaire sur l'issue de l'affaire. Quand le jury rend les réponses et le verdict général, trois situations peuvent alors se produire dans un tribunal fédéral:

- 1 si les réponses correspondent entre elles et avec le verdict général, le juge rend un jugement conforme au verdict;
- 2 si les réponses correspondent entre elles, mais qu'au moins l'une d'entre elles ne corresponde pas au verdict, le juge peut soit rendre un jugement conforme aux réponses, requérir des délibérations supplémentaires du jury ou ordonner un nouveau procès;

---

<sup>17</sup> Il faut remarquer cependant que plusieurs études ont montré que les jurés ne comprennent qu'une petite partie des instructions du juge. Cf. Steele & Thornburg, note 16 *supra*, in 66-87. Naturellement, ce phénomène affaiblit l'effet des instructions.

<sup>18</sup> Fed. R. Civ. P. 49(a).

<sup>19</sup> Fed. R. Civ. P. 49(b).

3 if the answers are inconsistent with each other, and one or more is inconsistent with the verdict, the judge may either send the jury back for further deliberation, or order a new trial.

C *Judicial review*

A civil case does not end when the jury returns its verdict. The trial court must issue a judgment, and this judgment is subject to appellate review. This provides two further opportunities for control of the jury's verdict.

1 Judgment as a matter of law

If a party makes a motion for a judgment as a matter of law at the close of evidence<sup>20</sup> and the motion is denied, the case goes to the jury subject to subsequent review of the legal issues raised by the motion. Following the return of a verdict against the party that made the motion, that party may again make a motion for a judgment as a matter of law.<sup>21</sup> The motion for a judgment as a matter of law asks the judge to set aside the verdict and issue a judgment in favor of the party making the motion. Alternatively, the party may ask the judge to order a new trial. A judge may set aside the verdict if there is insufficient evidence to support the verdict, or if the verdict appears to be the result of passion, prejudice, or corruption. The judge may also set aside the verdict if the damages awarded appear to be excessive and not supported by the evidence.

2 Remittitur

Under a procedure known as remittitur, a judge may reduce the damages awarded by the jury where a losing defendant has made a motion for a new trial. The judge does this by conditioning denial of the motion on the winning party agreeing to accept reduced damages, forcing the winning party to choose between a smaller damages award and a new trial.

There has been a great deal of publicity abroad about awards of punitive damages by civil juries in the United States. In fact, such awards are relatively rare and the press tends to focus on those that seem excessively large. This publicity, therefore, is not a fair basis for evaluating the operation of the civil jury in the United States. It is worth noting here that in addition to remittitur, there is pending federal and state legislation that would further circumscribe in various ways the authority of juries to award punitive damages.

3 Appellate review

The general rule of appellate review is that an appellate court cannot review the findings of fact made by a jury. It may only review issues of law, such as decisions made by the judge to exclude or admit certain evidence, to grant or deny motions by one of the parties, or to give or not give certain instructions to the jury. However, an appellate court can rule on the facts to some extent by considering whether the evidence was sufficient as a matter of law to support the jury's verdict. The appellate court reviews the verdict in much the same way as does the trial court. The verdict may be overturned if the evidence was insufficient to support the verdict, if the verdict resulted from passion, prejudice, or corruption, or if the amount awarded by the jury is unreasonable and excessive.

---

<sup>20</sup> See *supra* pp. 4-5 for discussion of judgment as a matter of law prior to the verdict.

<sup>21</sup> Such a judgment used to be known in federal courts – and in many states still is known – as a judgment notwithstanding the verdict, or a judgment n.o.v. ("non obstante verdicto"). See *supra*, note 12.

3 si les réponses ne correspondent pas entre elles, et qu'au moins l'une d'entre elles ne correspond pas au verdict, le juge peut requérir des délibérations supplémentaires du jury ou ordonner un nouveau procès.

### C *Revision judiciaire*

Une affaire civile ne prend pas fin quand le jury rend son verdict. Le tribunal doit rendre son jugement, qui fait à son tour l'objet d'une revision d'appel, ce qui offre deux possibilités supplémentaires de contrôler le verdict du jury.

#### 1 Jugement sur point de droit

Si l'une des parties présente une motion pour obtenir un jugement sur point de droit à la fin de la présentation des éléments de preuve<sup>20</sup> et que cette motion soit rejetée, l'affaire passe devant le jury sous réserve d'une revision ultérieure des questions juridiques soulevées par la motion. Si un verdict a été rendu contre la partie qui a présenté la motion, elle peut renouveler sa demande<sup>21</sup>. Cette motion demande au juge d'infirmer le verdict et de rendre un jugement en faveur de la partie qui présente la motion. Elle peut également demander au juge d'ordonner un nouveau procès. Le juge peut infirmer le verdict si les éléments de preuve à l'appui sont insuffisants, ou s'il semble résulter de la passion, des préjugés ou de la corruption. Le juge peut aussi infirmer le verdict si les dommages-intérêts accordés semblent excessifs et non appuyés par les preuves.

#### 2 Remittitur

Dans la procédure appelée «remittitur», le juge peut réduire les dommages-intérêts accordés par le jury si le défendeur qui a perdu présente une requête pour un nouveau procès. Le juge se sert de cette procédure en mettant comme condition au rejet de cette demande que la partie gagnante convienne d'accepter des dommages-intérêts réduits, ce qui l'oblige à choisir entre des dommages-intérêts moins importants ou un nouveau procès.

Il y a eu beaucoup de publicité à l'étranger sur le montant des dommages-intérêts pour préjudice moral accordés par les jurys civils aux Etats-Unis. En fait, ils sont relativement rares et la presse tend à se concentrer sur ceux qui semblent exorbitants. On ne peut donc se baser impartialement sur cette publicité pour évaluer le fonctionnement d'un jury civil aux Etats-Unis. Il vaut la peine de remarquer ici qu'en plus de la procédure du remittitur, une législation est en instance au niveau fédéral et au niveau des états qui limiterait davantage, de diverses façons, le pouvoir des jurys concernant l'octroi de dommages et intérêts punitifs.

#### 3 Revision en appel

La règle générale de la revision en appel est que la cour d'appel ne peut pas reviser les décisions sur les faits prises par un jury, mais seulement les points de droit, comme les décisions du juge d'exclure ou d'admettre certains éléments de preuve, d'autoriser ou de refuser des motions par l'une des parties, ou de donner ou non certaines instructions au jury. Cependant, la cour d'appel peut dans une certaine mesure statuer sur les faits en examinant si les éléments de preuve suffisaient comme point de droit pour appuyer le verdict du jury. La cour d'appel revise le verdict d'une manière très similaire à celle du tribunal. Le verdict peut être cassé si les preuves sont insuffisantes pour appuyer le verdict, si le verdict résulte de la passion, du préjugé ou de la corruption ou si les dommages-intérêts accordés par le jury sont irraisonnables et excessifs.

<sup>20</sup> Cf. *supra*, discussion du jugement sur point de droit avant le verdict.

<sup>21</sup> Dans les tribunaux fédéraux, ce type de jugement était appelé, et est encore appelé dans de nombreux états, jugement nonobstant le verdict, ou «jugement n.o.v.» (*«non obstante verdicto»*). Cf. note 12 *supra*.

**D      *Role of settlement and third-party dispute resolution***

Finally, it is important to recall that the overwhelming majority of civil law actions in the courts of the United States are resolved through settlements. Indeed, many federal and state courts now mandate (or require the parties to consider) a variety of alternative dispute-settlement mechanisms for attempting to reach agreement among the parties. The techniques utilized range from mandatory mediation to non-binding mini-trials before retired judges. Further, the preliminary rulings of the judge on legal or discovery issues will significantly affect the attitude of the parties towards settlement. Indeed, some cases are settled at the courthouse door and sometimes, although less frequently, during presentation of evidence before submission of the case to the jury. In short, defendants in an American civil case that results in a large monetary verdict, especially in a civil suit arising from product liability or other tort actions, have usually had ample opportunity to conclude the case on a more favorable basis.

**D      *Rôle du règlement à l'amiable et règlement du conflit par un tiers***

En dernier lieu, il importe de rappeler que la grande majorité des actions de droit civil devant les tribunaux des Etats-Unis est réglée à l'amiable. De fait, de nombreux tribunaux fédéraux et d'état ordonnent maintenant (ou demandent aux parties de prendre en considération) une gamme de mécanismes de rechange de règlement des litiges afin d'essayer de parvenir à un accord entre les parties. Les techniques utilisées vont de la médiation obligatoire à des mini-procès n'ayant pas force contraignante devant des juges à la retraite. En outre, les décisions préliminaires du juge sur les points de droit ou de signification des défenses auront des répercussions importantes sur l'attitude des parties concernant le règlement. De fait, certaines affaires sont réglées à la porte du tribunal et quelquefois, bien que moins fréquemment, au cours de la présentation des preuves avant que l'affaire ne soit soumise au jury. En bref, lorsqu'une affaire civile en Amérique aboutit à un verdict accordant une somme importante en dommages-intérêts, surtout dans le cas d'un défaut de produit ou d'une action en réparation de ce genre, les défendeurs ont d'habitude eu de nombreuses possibilités de régler l'affaire sur une base plus favorable.

## **ANNEX II**

### **AUSTRALIAN PRACTICE**

#### **IN RELATION TO RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS CONTAINING PUNITIVE OR MULTIPLE DAMAGE ELEMENTS**

There is some uncertainty as to enforcement of foreign judgments making awards not limited to the amounts of actual damages.

Although there is a lack of settled jurisprudence in Australia, the indications are that otherwise enforceable judgments containing multiple damage elements would be regarded as penalties and unenforceable at common law or under the *Foreign Judgments Act 1991*, where judgments for taxes, fines and penalties are excluded from the definition of "enforceable judgments".

Further, in Australia there are laws which in anti-trust matters make specific provisions to exclude or limit such damages. The *Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act 1984* was passed in general terms to deal with the specific problems of the *Westinghouse* Case in the United States, in which the Australian corporation CRA was a defendant. Subject to being satisfied as to the national interest or an inconsistency with international law, comity or practice, the Attorney-General is able to prohibit the enforcement of foreign judgments for multiple damages in anti-trust proceedings, either to the whole amount or beyond such monetary limit as is specified. Although this Act was principally concerned with countering the exercise of long-arm jurisdiction, it was stated in the Parliament that the Australian Government regarded multiple damages as penal.

The category of exemplary damages is admitted in Australian jurisdictions, but their award is not much favoured by judges and legislators and mostly limited to intentional torts and defamation. (A recent discussion is by B.W. Collis, (1996) 70 *Australian Law Journal* 47.) Some States have abolished exemplary damages in particular areas such as motor accident and industrial injury cases.

Although in principle foreign judgments containing punitive damage elements might be recognized in particular instances, in anti-trust matters the 1984 Act, above referred to, would enable an executive prohibition on enforcement of punitive as well as treble damages. Speaking generally, within Australian jurisdictions it must be expected that policy considerations would affect the enforcement of a foreign judgment which included significant punitive damage elements.

## PRATIQUE AUSTRALIENNE

### A PROPOS DE LA RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS COMPORTANT DES ÉLÉMENTS DE DOMMAGES-INTÉRÊTS PUNITIFS OU MULTIPLES

Une certaine incertitude règne au sujet de l'exécution de jugements étrangers prononçant des dommages-intérêts qui ne sont pas limités aux montants des dommages réels.

Bien qu'il y ait un manque de jurisprudence tranchée en Australie, tout porte à croire que des jugements autrement exécutoires contenant des éléments de dommages-intérêts multiples seraient considérés comme des pénalités et non exécutoires en *common law* ou aux termes de la *Loi de 1991 sur les jugements étrangers*<sup>1</sup> selon laquelle les jugements relatifs aux impôts, amendes et pénalités sont exclus de la définition des «jugements exécutoires».

De plus, il existe en Australie des lois qui, dans les affaires *anti-trust*, contiennent des dispositions spécifiques visant à exclure ou à limiter de tels dommages-intérêts. La *Loi de 1994 sur les procédures étrangères (excès de compétence judiciaire)*<sup>2</sup> fut passée en termes généraux pour traiter des problèmes spécifiques de l'affaire *Westinghouse* aux Etats-Unis, dans laquelle la société australienne CRA était défenderesse. Sous réserve qu'il soit satisfait quand à l'intérêt national ou sous réserve d'une incompatibilité avec la courtoisie, la pratique ou le droit international, le Procureur général peut interdire l'exécution de jugements étrangers pour dommages-intérêts multiples dans des procédures *anti-trust*, soit pour le montant total, soit au-delà de la limite monétaire spécifiée. Bien que l'objet principal de cette Loi ait été de contrecarrer l'exercice d'une compétence judiciaire au bras long, au cours des débats parlementaires il fut déclaré que le gouvernement australien considérait les dommages-intérêts multiples comme pénaux.

La catégorie des dommages-intérêts exemplaires est admise en droit australien mais les juges et les législateurs ne sont pas très en faveur de leur jugement et ils sont surtout limités à diffamation et aux délits civils. (Récente discussion par B.W. Collis (1996) 70 *Australian Law Journal* 47.) Certains Etats fédérés ont aboli les dommages-intérêts exemplaires dans certains domaines spécifiques tels les causes pour accidents de la circulation et accidents du travail.

Bien que les jugements étrangers comportant des éléments de dommages-intérêts punitifs puissent en principe être reconnus dans des cas particuliers, quand il s'agit des affaires *anti-trust*, la Loi de 1984, citée ci-dessus, permettrait la prohibition exécutive de l'application de dommages-intérêts punitifs ainsi que triples. Généralement parlant, devant les cours australiennes, on doit s'attendre à ce que des considérations de «policy» influent sur l'exécution d'un jugement étranger comportant des éléments de dommages-intérêts punitifs importants.

---

<sup>1</sup> *Foreign Judgments Act 1991.*

<sup>2</sup> *Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act 1984.*

## **ANNEX III**

### **INFORMATION NOTE ON CANADIAN REACTIONS TO U.S. PRACTICE OF JUDGMENTS AWARDING PUNITIVE OR MULTIPLE DAMAGES**

presented by the Canadian delegation

#### **BACKGROUND**

In Canada, as in many other countries, the US practice of awarding punitive or multiple damages engenders strong reactions in the business and legal communities. For the purpose of this Note, multiple damages, such as double or treble damages, are assimilated to punitive damages since they are essentially by nature punitive; however, one cannot recover both multiple and punitive damages. Multiple damages can be awarded only if there is a statute authorizing them.

A recent case in the US involving a Canadian corporation, that of the Loewen Group Inc., in which the parties reached an out-of-court settlement of 85 million \$ US following a 500 million \$ US damages award by a jury trial in Mississippi, has made the headlines in Canada and generated much debate. This story has once again demonstrated the notable differences between the US and Canadian legal and judicial systems. It has also highlighted the fears of many Canadian firms of doing business in the US with the consequent risk of being sued there.

Another problem raised by the US practice relates to the enforcement abroad of US judgments awarding such damages. The issue has come forward in one case in Canada but an out-of-court settlement intervened. The possible reaction of Canadian courts was discussed in connexion with the project on recognition and enforcement of foreign judgments undertaken by the Department of Justice of Canada in 1995. It led to some speculation in the legal profession on the means available to Canadian courts to refuse or limit the enforcement of punitive damages.

Punitive or exemplary damages may be awarded in Canada in very limited circumstances and for very limited amounts. These principles are well recognized as part of the law in the common law provinces, the most recent leading authority being that of the Supreme Court of Canada decision in *Hill v. Church of Scientology*, [1995] 2 S.C.R. 1130. In Québec, a number of provincial statutes and the (Québec) *Charter of Rights and Freedoms* provide exceptionally for the award of exemplary damages. Such damages are not awarded under the general regime of civil liability. If allowed by law, exemplary damages are calculated according to rules codified in Article 1621 of the new *Civil Code* that was promulgated on January 1, 1994.

#### **DISCUSSION**

Differences between the US and Canadian legal systems stem from the fact that although most common law provinces provide for jury trials in civil cases they are uncommon, contrary to the situation in the US. Civil jury trials were abolished in Québec in the 1960s.

Both judges and juries in Canada have some discretion in awarding damages which may fit into three main categories: (1) compensatory; (2) aggravated; and (3) punitive. However,

## ANNEXE III

### NOTE D'INFORMATION SUR LES RÉACTIONS CANADIENNES AUX JUGEMENTS AMÉRICAUX CONDAMNANT À DES DOMMAGES PUNITIFS OU MULTIPLES

présentée par la délégation canadienne

#### CONTEXTE

Au Canada, comme dans bien d'autres pays, les condamnations par des jugements américains à des dommages punitifs ou multiples provoquent toujours de fortes réactions dans les milieux des affaires et dans ceux du droit. Pour les fins de la présente Note, les dommages multiples, à savoir les dommages doubles ou triples, seront assimilés aux dommages punitifs compte tenu qu'ils sont par nature essentiellement punitifs; toutefois, une partie ne peut réclamer à la fois des dommages multiples et punitifs. Les dommages multiples ne peuvent être accordés que si une loi les autorise.

Un litige récent impliquant une firme canadienne aux Etats-Unis, l'affaire Loewen Group Inc., où les parties en sont finalement venues à conclure une transaction, pour une somme de quelque 85 millions de dollars américains, alors que le jury, dans un procès qui avait eu lieu au Mississippi, avait prononcé une condamnation à des dommages de 500 millions \$ US, a fait les manchettes au Canada et soulevé beaucoup de remous. Cette affaire a une fois de plus fait apparaître les différences profondes qui existent entre les systèmes judiciaires et les systèmes de droit des Etats-Unis et du Canada. Elle a aussi renforcé les craintes de nombreuses firmes canadiennes, qui ont peur de faire affaire aux Etats-Unis et de courir en conséquence le risque d'y être poursuivies.

Un autre problème que soulève cette pratique américaine a trait à l'exécution à l'étranger des jugements américains condamnant à des dommages-intérêts de ce genre. La question a été soulevée dans une instance au Canada, mais une transaction amiable a été conclue. La réaction éventuelle des tribunaux canadiens a été discutée dans le cadre d'un projet du Ministère de la Justice du Canada sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en 1995. Certaines hypothèses ont alors été formulées par la communauté juridique sur les moyens à la disposition des tribunaux canadiens pour refuser ou limiter l'exécution de condamnation de dommages punitifs.

Des dommages punitifs ou exemplaires peuvent être accordés au Canada dans des circonstances très particulières et pour des montants très limités. Ces principes sont bien établis et reconnus dans le droit des provinces de *common law*. C'est l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, qui fait autorité à cet égard. Au Québec, certaines lois provinciales et la *Charte (québécoise) des droits et libertés* prévoient à titre exceptionnel l'attribution de dommages exemplaires. Mais ces dommages-intérêts ne sont pas accordés en vertu du régime général de responsabilité civile. Lorsqu'ils sont autorisés par la législation, les dommages punitifs sont calculés selon les règles codifiées à l'article 1621 du nouveau *Code civil* qui a été promulgué le 1<sup>er</sup> janvier 1994.

#### DISCUSSION

Les différences entre les systèmes de droit canadien et américain tiennent au fait que, si la plupart des provinces de *common law* connaissent le procès par jury au civil, ils sont cependant rares contrairement à la situation aux Etats-Unis. Les procès par jury au civil ont été abolis au Québec dans les années 60.

Les juges et les jurés, au Canada, possèdent un certain pouvoir discrétionnaire de condamner à des dommages-intérêts de trois grandes catégories : 1) les dommages-intérêts réparateurs; 2) les dommages-intérêts majorés, pour cause d'aggravation du dommage; 3) les dommages

Canadian courts have been very cautious in their approach towards punitive damages. In *Hill*, Justice Cory summarized the general principles to be applied to punitive damages in Canada as follows (at p. 1208):

*"Punitive damages may be awarded in situations where the defendant's misconduct is so malicious, oppressive and highhanded that it offends the court's sense of decency. Punitive damages bear no relation to what the plaintiff should receive by way of compensation. Their aim is not to compensate the plaintiff but rather to punish the defendant. It is the means by which the jury or judge expresses its outrage at the egregious conduct of the defendant. They are in the nature of a fine which is meant to act as a deterrent to the defendant and to others from acting in this manner. It is important to emphasize that punitive damages should only be awarded in those circumstances where the combined award of general and aggravated damages would be insufficient to achieve the goal of punishment and deterrence."*

In Québec, Article 1621 of the *Civil Code* states that "punitive damages may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose" according to the following factors: the gravity of the debtor's fault; his or her patrimonial situation; the extent of the reparation for which his or her is already liable; and whether the payment of damages is assumed by a third person.

It is possible to suggest that enforcement of foreign judgments awarding punitive damages in Canada would be measured against the above-mentioned common and civil law principles. The prevailing view among learned commentators, practitioners and academics is that Canadian courts might exercise their discretion and limit the amount of damages awarded that would exceed the amount of punitive damages considered acceptable in Canada. The courts' decisions would be based on the public policy exception which is one defence to enforcement recognized in both the common and civil law systems.

This issue was considered at the trial level in *Stoddard v. Accurpress Manufacturing Ltd.*, [1994] 1 W.W.R. 677 (B.C.S.C.), a case involving a Connecticut judgment awarding non-pecuniary damages of more than 1 million \$ US which was ultimately settled out of court. While he acknowledged that the judgment was rendered by a court acting through fair process with properly restrained jurisdiction, the learned trial judge was of the view that (at page 688):

*"The amount of the award in this case exceeds many times the limits of such awards in Canada by reason of the public policy decisions of the Supreme Court of Canada. However, argument was not raised before me that the public policy principles as to the upper limits for non-pecuniary damages should be applied to a judgment enforcing a judgment for personal injuries granted in a foreign jurisdiction and I do not think it appropriate that I attempt to embark upon a consideration of this in the absence of it being raised and argued."*

As the trial judge seems to suggest, if the public policy exception had been invoked by the party opposing the enforcement, the outcome might have been different. This is precisely what triggered the out-of-court settlement when new counsel were retained by the defendant. It should be acknowledged that non-pecuniary damages and strict punitive damages are not interchangeable concepts. Nevertheless, the public policy exception to enforcement might play a greater role in the case of punitive damages.

punitifs. Les tribunaux canadiens ont été extrêmement prudents quand il s'est agi de condamner à des dommages punitifs. Dans l'arrêt *Hill*, le juge Cory a résumé les principes généraux applicables en matière de dommages-intérêts punitifs au Canada (à la p. 1208) :

*«On peut accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour. Les dommages-intérêts punitifs n'ont aucun lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir au titre d'une compensation. Ils visent non pas à compenser le demandeur, mais à punir le défendeur. C'est le moyen par lequel le jury ou le juge exprime son outrage à l'égard du comportement inacceptable du défendeur. Ils revêtent le caractère d'une amende destinée à dissuader le défendeur et les autres d'agir ainsi. Il importe de souligner que les dommages-intérêts punitifs ne devraient être accordés que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d'atteindre l'objectif qui consiste à punir et à dissuader.»*

Au Québec, l'article 1621 du Code civil prévoit que les dommages-intérêts punitifs «ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive», selon les facteurs suivants : la gravité de la faute du débiteur, sa situation patrimoniale, l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier; ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

Il y a tout lieu de penser que l'exécution des jugements étrangers condamnant à des dommages punitifs au Canada sera évaluée par rapport aux principes précités de la *common law* et du droit civil. Selon l'opinion dominante des auteurs, des praticiens et des universitaires, les tribunaux canadiens pourraient, en se fondant sur leur pouvoir discrétionnaire, limiter le montant des dommages-intérêts dépassant les dommages punitifs considérés d'ordinaire comme acceptables au Canada. La décision du tribunal serait fondée sur l'exception d'ordre public, l'un des moyens reconnus de défense opposables à l'exécution des jugements dans les systèmes de *common law* et de droit civil.

La question a été jugée en première instance dans l'affaire *Stoddard v. Accupress Manufacturing Ltd.*, [1994] 1 W.W.R. 677 (C.S., C.-B.), où était en cause un jugement du Connecticut qui avait condamné à des dommages de nature non pécuniaire d'une valeur supérieure à un million de dollars américains. Bien qu'il ait été convaincu que le jugement avait été rendu par un tribunal qui avait respecté une procédure équitable, dans l'exercice d'une compétence régulièrement limitée, le juge (à la p. 688) a été d'avis que :

*«Le montant des dommages-intérêts en l'espèce dépasse plusieurs fois les plafonds fixés à cet égard au Canada par les arrêts, fondés sur l'ordre public, de la Cour suprême du Canada. Cependant, l'on n'a pas fait valoir devant moi que les principes qui régissent l'ordre public relativement aux plafonds applicables en matière de dommages non pécuniaires devraient être étendus au jugement déclarant exécutoire un jugement pour dommage corporel rendu dans un ressort étranger, et je ne pense pas qu'il soit indiqué de ma part de me lancer dans un examen de cette question alors qu'elle n'a été ni plaidée ni débattue.»* (traduction)

Comme le juge de première instance semble le laisser entendre, si l'exception d'ordre public avait été invoquée par la partie qui s'opposait à l'exécution, il aurait pu juger différemment. C'est précisément ce qui a suscité la conclusion d'une transaction après que la partie défenderesse eut retenu les services d'un autre avocat. Il faut reconnaître que les dommages de nature non pécuniaire et les dommages punitifs au sens strict ne sont pas des concepts interchangeables. L'exception d'ordre public opposable à l'exécution pourrait néanmoins jouer un plus grand rôle dans le cas des dommages punitifs.

In another case recently decided by the British Columbia Court of Appeal in *Mid-Ohio Imported Car Co. v. Tri-K Investments Ltd.*, [1996] 2 W.W.R. 144, the enforcement of punitive damages was apparently not opposed and the original US judgment was confirmed.

**CONCLUSION**

In Canada, the US practice of awarding punitive damages is frequently considered to create unfairness and to eliminate the competitiveness of Canadian firms by exposing them to extravagant awards if they have assets in the US as is the case of the Loewen Corporation. Even those who stay out of the US market may be dragged into court by complicated business deals involving intermediaries. Canadian defendants may then have only one last resort, that of the discretion of the enforcing court in Canada in limiting or refusing the enforcement of punitive damages for public policy reasons. This avenue remains to be fully tested.

The Hague project on judgments might provide an opportunity to examine the issue more closely and also to identify possible solutions. In light of the preliminary discussions held in June 1994 on partial enforcement of punitive damages, there is hope that a suitable accommodation can be found for all parties involved.

Dans une autre instance, jugée récemment par la Cour d'appel de Colombie-Britannique, dans l'affaire *Mid-Ohio Imported Car Co. v. Tri-K Investments Ltd.*, [1996] 2 W.W.R. 144, l'exécution de la condamnation à des dommages punitifs n'a fait l'objet d'aucune opposition et le jugement originel américain a été confirmé.

#### CONCLUSION

Au Canada, la pratique américaine de condamner au paiement de dommages punitifs est souvent considérée comme susceptible de créer de l'injustice et d'éliminer la compétitivité des firmes canadiennes en les rendant vulnérables aux condamnations extravagantes si elles ont des actifs aux Etats-Unis, comme c'est le cas de la Loewen Corporation. Même celles voulant éviter le marché américain pourront être traînées devant le tribunal à la suite de contrats compliqués où seront en cause des intermédiaires. Les parties défenderesses canadiennes pourraient, en dernier recours, devoir s'en remettre au pouvoir discrétionnaire du tribunal canadien auquel l'exécution est demandée de limiter ou de refuser l'exécution des condamnations aux dommages punitifs ou multiples pour des raisons d'ordre public. Cette voie reste à explorer plus en profondeur.

Le projet de La Haye sur l'exécution des jugements pourrait être l'occasion d'étudier de plus près la question et d'avancer diverses solutions possibles. Compte tenu des débats préliminaires de juin 1994 sur l'exécution partielle des dommages punitifs, il est permis d'espérer qu'un accommodement raisonnable pourra être trouvé qui satisfera toutes les parties en cause.

## ANNEX IV

### THE HISTORY OF PUNITIVE DAMAGES IN U.S. LAW

#### A      *Foundations in other legal systems*

The United States is neither the first nor the only legal system to award damages to set an example or punish a defendant by providing compensation to a plaintiff beyond actual economic loss. The concept of multiple damages is mentioned in religious law as early as the Book of Exodus,<sup>1</sup> and in secular law as early as the Code of Hammurabi in 2000 B.C.<sup>2</sup> It was part of the law of the Babylonians,<sup>3</sup> the Hittites,<sup>4</sup> the Hindu Code of Manu,<sup>5</sup> and the ancient Greeks.<sup>6</sup>

Commentators generally agree that the multiple damages remedies of Roman civil law were built on a concept of punishment beyond simple compensation.<sup>7</sup> Similar approaches are found in the development of English common law, beginning with multiple damages statutes as early as 1278.<sup>8</sup> The 1763 Common Pleas case of *Wilkes v. Wood*<sup>9</sup> is perhaps the first recorded English case to award damages in excess of mere compensation. John Wilkes challenged the legality of a general warrant used in a search of his house by government authorities. The instructions to the jury specifically authorized damages that would punish the defendant and deter future misconduct, stating that, "[d]amages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself."<sup>10</sup>

---

<sup>1</sup> If a man shall steal an ox, or a sheep, and kill it, or sell it, he shall restore five oxen for an ox, and four sheep for a sheep. Exodus 22:1.

<sup>2</sup> Code of Hammurabi §§ 5, 8, 12, 107, 112 & 265, compiled in A. Kocourek & J. Wigmore, 1 Sources of Ancient and Primitive Law (1915). See Linda L. Schlueter & Kenneth R. Redden, 1 Punitive Damages 3 (2d ed. 1989); James B. Sales & Kenneth B. Cole, Jr., Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins, 37 Vand. L.Rev. 1117, 1119 (1984).

<sup>3</sup> See generally, H. Jolowicz, The Assessment of Penalties in Primitive Law, *Cambridge Legal Essays* (1926); Schlueter & Redden, *supra* note 2, at 4.

<sup>4</sup> Jolowicz, *supra* note 4, at 205-06; Schlueter & Redden, *supra* note 2, at 4.

<sup>5</sup> See G. Lee, Historical Jurisprudence 124 (1981); The Laws of Manu, compiled in Kocourek & Wigmore, *supra* note 2.

<sup>6</sup> See Plato, Protagoras 324b; Plato, Laws 9.85b and 9.934a; H. Jolowicz, *supra* note 4.

<sup>7</sup> See, e.g., Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law 215-225 (1977); Schlueter & Redden, *supra* note 2, at 5-6; Sales & Cole, *supra* note 2, at 1119 n. 5.

<sup>8</sup> The statute of Gloucester provided for treble damages for waste. 6 Edw. I, c. 5. See also F. Pollock & F. Maitland, 2 The History of English Law Before the Time of Edward I 522 (2d ed. 1899) ("under Edward I, a favourite device of [English] legislators [was] that of giving double or treble damages to "the party grieved.""); Note, Exemplary Damages in the Law of Torts, 70 Harv. L.Rev. 517, 518 (1957).

<sup>9</sup> 2 Wils. K.B. 205, 95 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763).

<sup>10</sup> *Id.* at 98 Eng. Rep. 498-9.

**HISTOIRE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS  
POUR PRÉJUDICE MORAL («PUNITIFS») AUX ETATS-UNIS**

**A      *Fondements dans d'autres systèmes juridiques***

Les Etats-Unis ne sont ni le premier ni le seul système juridique à accorder des dommages et intérêts afin de donner l'exemple ou de punir le défendeur en accordant au plaignant une réparation qui dépasse la perte économique réelle. La notion de dommages multiples est mentionnée en droit religieux dès le Livre de l'Exode<sup>1</sup>, et en droit séculier dès le Code d'Hammourabi en 2000 av. J.C.<sup>2</sup>. Elle figurait dans les lois des Babyloniens<sup>3</sup>, des Hittites<sup>4</sup>, le Code Hindou de Manu<sup>5</sup> et celles des anciens Grecs<sup>6</sup>.

Les commentateurs conviennent généralement que les indemnités pour dommages multiples du droit civil romain reposaient sur une notion de sanction qui dépasse la simple réparation<sup>7</sup>. On trouve une perspective semblable dans l'élaboration du droit coutumier anglais, à commencer par les lois sur les dommages multiples dès 1278<sup>8</sup>. L'affaire *Wilkes contre Wood*<sup>9</sup> du recueil de Plaids communs de 1763 constitue peut-être la première affaire dans les archives anglaises qui accorde des dommages et intérêts qui dépassent la simple réparation. John Wilkes avait mis en cause la légalité d'un mandat général qui avait été utilisé par les autorités pour perquisitionner son domicile. Les instructions au jury avaient spécifiquement autorisé les dommages-intérêts qui puniraient le défendeur et le dissuaderaient de commettre une telle faute à l'avenir, en expliquant que «les dommages-intérêts sont conçus non seulement comme une réparation à la victime, mais également comme une punition pour le coupable, afin de le dissuader de toute action semblable à l'avenir, et comme preuve que le jury abhore ladite action»<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Si un homme vole un boeuf, ou un mouton, et l'abat, ou le vend, il restituera cinq boeufs pour un boeuf, et quatre moutons pour un mouton. Exode 22:1.

<sup>2</sup> Code d'Hammourabi §§5, 8, 12, 107, 112 & 265, cité à A. Kocourek & J. Wigmore, 1 Sources of Ancient and Primitive Law (1915). Cf. Linda L. Schlueter & Kenneth R. Redden, 1 Punitive Damages 3 (2ème éd. 1989); James B. Sales & Kenneth B. Cole, Jr., Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins, 37 Vand. L.Rev. 1117, 1119 (1984).

<sup>3</sup> Cf. généralement, H. Jolowicz, The Assessment of Penalties in Primitive Law, *Cambridge Legal Essays* (1926); Schlueter & Redden, note *supra* 2 à 4.

<sup>4</sup> Jolowicz, note *supra* 4 à 205-06; Schlueter & Redden, note *supra* 2 à 4.

<sup>5</sup> Cf. G. Lee, Historical Jurisprudence 124 (1981); The Laws of Manu, cité à Kocourek & Wigmore, note *supra* 2.

<sup>6</sup> Cf. Plato, Protagoras 324b; Plato, Laws 9.85b et 9.934a; H. Jolowicz, note *supra* 4.

<sup>7</sup> Cf. ex., Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law 215-225 (1977); Schlueter & Redden, note *supra* 2 à 5-6; Sales & Cole, note *supra* 2 à 1119 n.5.

<sup>8</sup> La loi de Gloucester prescrivait des dommages triples pour les déchets. 6 Edw.I, c.5. Cf. également, F. Pollock & F. Maitland, 2 The History of English Law Before the Time of Edward I 522 (2ème éd. 1899) («pendant le règne d'Edouard Ier, une formule favorite des législateurs [anglais] [était] l'octroi de double ou triple dommages au <plaignant>»); Note, Exemplary Damages in the Law of Torts, 70 Harv. L.Rev. 517, 518 (1957).

<sup>9</sup> 2 Wils. K.B. 205, 95 Eng.Rep.489 (C.P.1763).

<sup>10</sup> Id. in 98 Eng. Rep. 498-9.

The *Wilkes v. Wood* approach was reinforced in the companion case of *Huckle v. Money*,<sup>11</sup> where "exemplary damages" were awarded in fining the crown for false imprisonment and recognizing that a jury could return a verdict in excess of actual compensatory loss.<sup>12</sup> An award of £300 was upheld even though the journeyman printer who had been taken into custody in the course of a raid on North Briton was employed at a weekly wage of one guinea, had been in custody for only about six hours, and had been treated "very civilly," receiving beef steaks and beer. The focus of the damages was clearly on the "most outrageous" conduct of the defendants.<sup>13</sup>

In 1964 the House of Lords confirmed the ability of English courts to grant awards for exemplary damages in *Rookes v. Barnard*.<sup>14</sup> Lord Devlin's opinion is particularly instructive, concluding that exemplary damages have long been recognized in English courts, with their objective being to punish and deter.<sup>15</sup> He found it "well established" that the jury can take into account both "the motives and conduct"<sup>16</sup> and the wealth of the defendant.<sup>17</sup> Lord Devlin listed three categories of cases "in which an award of exemplary damages can serve a useful purpose in vindicating the strength of the law and thus affording a practical justification for admitting into the civil [law] a principle which ought logically to belong to the criminal".<sup>18</sup> They are:

- 1 cases in which there is "oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government",<sup>19</sup>
- 2 cases "in which the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff",<sup>20</sup> and
- 3 cases "in which exemplary damages are expressly authorised by statute".<sup>21</sup>

In *Uren v. John Fairfax and Sons Pty. Ltd.*,<sup>22</sup> the High Court of Australia continued its authorization of exemplary damages, refusing to accept the limitations of the categorical approach of *Rookes v. Barnard*. Addressing a claim for defamation, McTiernan J. found that Lord Devlin's formulation "imposes an undue burden on the plaintiff".<sup>23</sup> The Australian court chose instead to retain the rule that "if it appeared that, in the commission of the

<sup>11</sup> 95 Eng. Rep. 768 (C.P. 1763).

<sup>12</sup> *Id.* at 769.

<sup>13</sup> *Id.* at 2 Wils. K.B. 206.

<sup>14</sup> [1964] A.C. 1129. A survey of the history of English punitive damages law is found in Lord Devlin's opinion. *Id.* at 1221.

<sup>15</sup> *Id.* at 1221.

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> *Id.* at 1228.

<sup>18</sup> *Id.* at 1226.

<sup>19</sup> *Id.* at 1226.

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *Id.* at 1227.

<sup>22</sup> 117 C.L.R. 118 (1966).

<sup>23</sup> *Id.* at ¶ 19.

Cette perspective a été renforcée dans l'affaire jumelle *Huckle contre Money*<sup>11</sup>, dans laquelle le jury a accordé des dommages-intérêts pour préjudice moral («*exemplary damages*») en imposant une amende à la couronne pour séquestration et en décidant qu'un jury pouvait rendre un verdict qui dépasse la perte compensatoire réelle<sup>12</sup>. Il a accordé une indemnité de 300 livres, bien que le compagnon-imprimeur qui avait été incarcéré au cours d'une descente de police sur North Briton ait reçu un salaire hebdomadaire d'une guinée, ait été en état d'arrestation pendant seulement six heures environ et ait été traité «fort civilement» avec des steaks et de la bière à sa disposition. Il est clair que les dommages-intérêts étaient focalisés sur la conduite «totalement inadmissible» des défendeurs<sup>13</sup>.

En 1964, dans l'affaire *Rookes contre Barnard*, la Chambre des Lords a confirmé que les tribunaux anglais ont le droit d'accorder une indemnité en argent pour préjudice moral<sup>14</sup>. L'avis de Lord Devlin est particulièrement instructif, puisqu'il affirme que ce type de dommages-intérêts est admis depuis longtemps par les tribunaux anglais et qu'il a pour objectif de punir et de dissuader<sup>15</sup>. Il déclare «bien établi» que le jury peut tenir compte aussi bien des «motifs et de la conduite»<sup>16</sup> que de la fortune du défendeur<sup>17</sup>. Il énumère trois catégories de cas «dans lesquelles l'octroi d'une indemnité pour préjudice moral peut jouer un rôle utile en affirmant la force de la loi et en justifiant ainsi d'un point de vue pratique d'admettre en droit civil un principe qui devrait logiquement appartenir au criminel»<sup>18</sup>. Il s'agit des catégories suivantes:

- 1      les affaires qui présentent «un abus d'autorité, une action arbitraire ou inconstitutionnelle de la part de certains fonctionnaires»<sup>19</sup>,
- 2      les affaires «dans lesquelles le défendeur a calculé sa conduite de façon à faire un profit qui risque probablement de dépasser l'indemnité payable au plaignant»<sup>20</sup>, et
- 3      les affaires «dans lesquelles les dommages-intérêts pour préjudice moral sont expressément autorisés par la loi»<sup>21</sup>.

Dans l'affaire *Uren contre John Fairfax and Sons Pty. Ltd.*<sup>22</sup>, la Cour d'appel d'Australie a maintenu son autorisation des dommages-intérêts pour préjudice moral, en refusant d'accepter les limitations de l'approche catégorielle de *Rookes contre Barnard*. Dans une affaire de diffamation, McTiernan a décrété que la formulation de Lord Devlin «impose une charge injuste au plaignant»<sup>23</sup>. Le tribunal australien a choisi au contraire d'adopter la règle

<sup>11</sup> 95 Eng. Rep. 768 (C.P. 1763).

<sup>12</sup> *Id. in* 769.

<sup>13</sup> *Id. in* 2 Wils. K.B. 206.

<sup>14</sup> [1964] A.C. 1129. Un panorama historique du droit anglais sur cette question figure dans l'avis de Lord Devlin. *Id. in* 1221.

<sup>15</sup> *Id. in* 1221.

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> *Id. in* 1228.

<sup>18</sup> *Id. in* 1226.

<sup>19</sup> *Id. in* 1226.

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *Id. in* 1227.

<sup>22</sup> 117 C.L.R. 118 (1966).

<sup>23</sup> *Id. in* ¶ 19.

wrong complained of, the conduct of the defendant had been high-handed, insolent, vindictive or malicious or had in some other way exhibited a contumelious disregard of the plaintiff's rights",<sup>24</sup> "damages may be given of a vindictive and uncertain kind, not merely to repay the plaintiff for temporal loss but to punish the defendant in an exemplary manner' for his outrageous conduct".<sup>25</sup> The limitations of *Rookes v. Barnard* similarly have been rejected in Canada<sup>26</sup> and New Zealand.<sup>27</sup>

#### B Development in the United States

In the United States, the concept of punitive damages is well-entrenched.<sup>28</sup> Cases often refer to the 1914 case of *Luther v. Shaw*,<sup>29</sup> in which the Wisconsin court stated:

*The law giving exemplary damages is an outgrowth of the English love of liberty regulated by law. It tends to elevate the jury as a responsible instrument of government, discourages private reprisals, restrains the strong, influential, and unscrupulous, vindicates the right of the weak, and encourages recourse to and confidence in the courts of law by those wronged or oppressed by acts or practices not cognizable in or sufficiently punished by the criminal law.*<sup>30</sup>

Questions about the propriety of punitive damages formed the foundation of a classic debate of nineteenth century US law. Simon Greenleaf, in his *Treatise on the Law of Evidence*,<sup>31</sup> took the position that

*[d]amages are given as a compensation, recompense, or satisfaction to the plaintiff, for an injury actually received by him from the defendant. They should be precisely commensurate with the injury; neither more, nor less ...*<sup>32</sup>

Greenleaf's counterpart, Theodore Sedgwick, agreed that the law generally focuses on compensation. Where there is fraud, malice, gross negligence, or oppression, however, Sedgwick wrote that

---

<sup>24</sup> *Id.* at Taylor J., ¶ 4.

<sup>25</sup> *Id.* at Menzies J., ¶ 15, quoting *Finlay v. Chirney* (1888) 20 Q.B.D. 494, 504.

<sup>26</sup> See, e.g., *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia* (1989) 58 D.L.R. (4th) 193, 273 (McIntyre J.).

<sup>27</sup> See, e.g., *Fogg v. NcKnight* [1968] N.Z.L.R. 330.

<sup>28</sup> See, e.g., I Schlueter & Redden, *supra* note 3, at 15-17; Michael Rustad & Thomas Koenig, The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers, 42 *Am. Univ. L.Rev.* 1269 (1993); Sales & Cole, *supra* Note, note 3, at 1124-25; Clarence Morris, Punitive Damages in Tort Cases, 44 *Harv. L.Rev.* 1173 (1931); Note, Hugh Evander Willis, Measure of Damages When Property is Wrongfully Taken by a Private Individual, 22 *Harv. L.Rev.* 419 (1909).

<sup>29</sup> 157 Wis. 234, 147 N.W. 18 (1914).

<sup>30</sup> *Id.* at 238, 147 N.W. 18, 19-20.

<sup>31</sup> Simon Greenleaf, II A Treatise on the Law of Evidence (3d ed. 1850, reprint ed. 1972).

<sup>32</sup> *Id.* at 244.

la suivante: «s'il semble que, dans la commission du dommage sur lequel porte l'affaire, le défendeur a exhibé une conduite supérieure, insolente, vengeresse ou malveillante ou d'une façon quelconque a fait preuve d'une négligence méprisante envers les droits du plaignant»<sup>24</sup>, «des dommages-intérêts peuvent être accordés à titre de compensation et d'une nature à décider, non pas simplement pour rembourser au plaignant une perte temporelle, mais pour punir le défendeur de façon exemplaire pour sa conduite inadmissible»<sup>25</sup>. Les limitations de *Rookes contre Barnard* ont été rejetées de la même façon au Canada<sup>26</sup> et en Nouvelle Zélande<sup>27</sup>.

#### B Historique aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, la notion de dommages-intérêts pour préjudice moral est fermement établie<sup>28</sup>. Il est souvent fait référence à l'affaire de 1914 *Luther contre Shaw*<sup>29</sup>, dans laquelle le tribunal du Wisconsin déclare:

*La loi qui accorde des dommages-intérêts pour préjudice moral est le produit de l'amour anglais de la liberté tempérée par la loi. Elle tend à faire du jury un instrument responsable de gouvernement, décourage les représailles privées, limite ceux qui ont pour eux la force, l'influence et le manque de scrupules, défend le droit du faible et encourage les personnes qui sont victimes ou opprimées par des actes ou des pratiques qui ne relèvent pas du droit pénal ou sont insuffisamment punis par celui-ci, à recourir avec confiance aux tribunaux.*<sup>30</sup>

Les questions sur le bien-fondé de ce type de dommages-intérêts sont à la base d'un des débats classiques du droit américain au dix-neuvième siècle. Simon Greenleaf, dans son «Traité sur le droit des preuves»<sup>31</sup>, adopte la position suivante:

*les dommages-intérêts sont accordés comme compensation, récompense, ou réparation au plaignant, pour un dommage qui lui a réellement été infligé par le défendeur. Ils devraient être précisément proportionnés audit dommage; ni plus, ni moins ...*<sup>32</sup>.

De son côté, le collègue de Greenleaf, Theodore Sedgwick, convient que le droit est généralement concentré sur la compensation. Cependant, s'il y a fraude, malveillance, négligence manifeste ou abus d'autorité, Sedgwick déclare que

---

<sup>24</sup> *Id. in Taylor J.*, ¶4.

<sup>25</sup> *Id. in Menzies J.*, ¶ 15, citant *Finlay v. Chirney* (1888) 20 Q.B.D. 494, 504.

<sup>26</sup> Cf. par ex., *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia* (1989) 58 D.L.R. (4ème) 193, 273 (*McIntyre J.*).

<sup>27</sup> Cf. par ex., *Fogg v. NCKnight* (1968) N.Z.L.R. 330.

<sup>28</sup> Cf. par ex., I Schlueter & Redden, note 3 *supra*, 15-17; Michael Rustad & Thomas Koenig, The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers, 42 *Am. Univ. L.Rev.* 1269 (1993); Sales & Cole, note 3 *supra*, in 1124-25; Clarence Morris, Punitive Damages in Tort Cases, 44 *Harv.L.Rev.* 1173 (1931); Note, Hugh Evander Willis, Measure of Damages when Property is Wrongfully Taken by a Private Individual, 22 *Harv.L.Rev.* 419 (1909).

<sup>29</sup> 157 Wis. 234, 147 N.W. 18 (1914).

<sup>30</sup> *Id. in* 238, 147 N.W. 18, 19-20.

<sup>31</sup> Simon Greenleaf, II, A Treaty on the Law of Evidence (3ème ed. 1850, réimp. 1972).

<sup>32</sup> *Id. in* 244.

*the law ... adopts a wholly different rule ... It permits the jury to give what it terms punitory, vindictive, or exemplary damages; in other words, blends together the interest of society and of the aggrieved individual, and gives damages not only to recompense the sufferer, but to punish the offender. This rule seems settled in England, and in the general jurisprudence of this country.*<sup>33</sup>

Sedgwick's position was given the imprimatur of the US Supreme Court in the 1852 case of *Day v. Woodsworth*.<sup>34</sup>

*It is a well established principle of the common law, that in actions of trespass and all actions on the case for torts, a jury may inflict what are called exemplary, punitive or vindictive damages upon a defendant, having in view the enormity of his offence rather than the measure of compensation to the plaintiff.*<sup>35</sup>

#### C      *The constitutional dimension of punitive damages law*

Recent US Supreme Court decisions address the constitutionality of punitive damages awards. In the 1989 case of *Browning-Ferris Industries of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*,<sup>36</sup> the Court held that the Excessive Fines clause of the Eighth Amendment<sup>37</sup> does not apply to a punitive damages award in a civil case between private parties,<sup>38</sup> and that federal common law does not allow a court to interfere with the jury's punitive damages award.<sup>39</sup> The first of these holdings represents a clear distinction between punishment under the criminal law system and civil law damages payable to a private party. The Court found that "the Eighth Amendment Excessive Fines Clause was intended to limit only those fines directly imposed by, and payable to, the government",<sup>40</sup> and "points to an intent to deal only with the prosecutorial powers of government".<sup>41</sup>

The more difficult constitutional question regarding punitive damages has been whether the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment<sup>42</sup> places limits on a jury's ability to award punitive damages. In *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip*,<sup>43</sup> Justice Blackmun

<sup>33</sup> Theodore Sedgwick, A Treatise on the Measure of Damages 38-39 (1847, reprint ed. 1972).

<sup>34</sup> 54 US (13 How.) 363, 371 (1852).

<sup>35</sup> *Id.* at 371. For similar decisions, see also *Scott v. Donald*, 165 US 58, 86 (1897); *Lake Shore Ry. v. Prentice*, 147 US (40 Davis) 101, 107 (1893); *Wilmington & Baltimore R.R. v. Quigley*, 62 US (21 How.) 202, 213 (1858).

<sup>36</sup> 492 US 257 (1989).

<sup>37</sup> The Eighth Amendment reads: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted." US Const. amend. VIII.

<sup>38</sup> 492 US at 259-60.

<sup>39</sup> *Id.* at 280.

<sup>40</sup> *Id.* at 268.

<sup>41</sup> *Id.* at 275.

<sup>42</sup> "[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law." US Const. Amend. XIV, § 1.

<sup>43</sup> 499 US 1 (1991).

*la loi ... adopte une règle totalement différente ... Elle autorise le jury à accorder ce qu'elle appelle des dommages-intérêts punitifs, vindicatifs, à titre d'exemple; en d'autres termes, elle amalgame les intérêts de la société et ceux de la victime et accorde des dommages-intérêts non seulement pour récompenser ladite victime, mais pour punir l'offenseur. Cette règle semble bien établie en Angleterre et dans la jurisprudence générale de notre pays.*<sup>33</sup>

L'avis de Sedgwick a reçu l'imprimatur de la Cour Suprême dans l'affaire de *1852 Day contre Woodsworth*<sup>34</sup>:

*C'est un principe bien établi du droit coutumier, que dans les actions en justice pour atteinte aux droits privés et toutes les actions pour «tort» (acte dommageable extra-contractuel), le jury peut imposer au défendeur ce qu'on appelle des dommages-intérêts punitifs, vindicatifs, à titre d'exemple, considérant l'énormité de son offense plutôt que la mesure de la réparation au plaignant.*<sup>35</sup>

#### C Dimension constitutionnelle de la loi sur les dommages-intérêts punitifs

Les décisions récentes de la Cour Suprême des Etats-Unis portent sur la constitutionnalité des dommages-intérêts punitifs. Dans l'affaire *Browning-Ferris Industries of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*<sup>36</sup>, en 1989, la Cour a statué que la clause du Huitième amendement de la Constitution relative aux amendes excessives<sup>37</sup> ne s'applique pas aux dommages-intérêts punitifs dans une affaire civile entre parties privées<sup>38</sup> et que le droit coutumier fédéral n'autorise pas un tribunal à s'ingérer dans l'octroi de dommages-intérêts par le jury<sup>39</sup>. La première partie de la décision établit une distinction nette entre la punition prévue par le système du droit pénal et les dommages-intérêts payables à une partie privée en matière de droit civil. La Cour Suprême a statué que «la clause du Huitième amendement de la Constitution relative aux amendes excessives a pour seule fin de limiter les amendes imposées par le gouvernement et qui lui sont dues»<sup>40</sup>, et «fait entrevoir l'intention de porter uniquement sur les pouvoirs de poursuite du gouvernement»<sup>41</sup>.

Une question constitutionnelle plus difficile concernant les dommages-intérêts punitifs est celle de savoir si la Clause du Quatorzième amendement sur la sauvegarde de la liberté individuelle<sup>42</sup> limite la capacité du jury concernant l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Dans *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip*<sup>43</sup>, le Juge Blackmun fournit une analyse métho-

<sup>33</sup> Theodore Sedgwick, *A Treatise on the Measure of Damages* 38-39 (1847, réimp. 1972).

<sup>34</sup> 54 US (13 How) 363, 371 (1852).

<sup>35</sup> *Id.* 371. Pour décisions similaires, cf. *Scott v. Donald*, 165 US 58, 86 (1897); *Lake Shore Ry v. Prentice*, 147 US (40 Davis) 101, 107 (1893); *Wilmington & Baltimore R.R. v. Quigley*, 62 US (21 How.) 202, 213 (1858).

<sup>36</sup> 492 US 257 (1989).

<sup>37</sup> Extrait du Huitième amendement: «il est interdit d'imposer une caution excessive, ou des amendes excessives, ou d'infliger des peines cruelles et inhabituelles». VIII Amend. Const. EU.

<sup>38</sup> 492 US 259-260.

<sup>39</sup> *Id.* 280.

<sup>40</sup> *Id.* 268.

<sup>41</sup> *Id.* 275.

<sup>42</sup> «Aucun Etat ne peut priver quiconque de la vie, de la liberté ou de ses biens, sans appliquer les clauses de sauvegarde de la liberté individuelle.» XIV Amend. Const. EU §1.

<sup>43</sup> 499 US 1 (1991).

set forth a case-by-case analysis. His majority opinion emphasized that the Alabama State procedure involved provided for post-trial scrutiny of punitive damage awards, and that Alabama Supreme Court review had provided a further check to determine the relationship between the punitive damages award and the goals of deterrence and retribution.<sup>44</sup> Blackmun concluded that the punitive damages award, which was at least four times the amount of compensatory damages, did not "cross the line into the area of constitutional impropriety".<sup>45</sup>

In *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*,<sup>46</sup> the Court made clear that a simple comparison of punitive damages to an accompanying compensatory award will not be sufficient to prove a due process violation.<sup>47</sup> It upheld a West Virginia punitive damages award that was 526 times greater than the actual damages awarded by the jury. While the plurality opinion written by Justice Stevens "eschewed an approach that concentrates entirely on the relationship between actual and punitive damages",<sup>48</sup> it determined it "appropriate to consider the magnitude of the potential harm that defendant's conduct would have caused to its intended victim if the wrongful plan had succeeded, as well as the possible harm to other victims that might have resulted if similar future behavior were not deterred".<sup>49</sup> The court ultimately determined that a \$10 million punitive damages award was reasonable "in light of the amount of money potentially at stake, the bad faith of petitioner, the fact that the scheme employed in this case was part of a larger pattern of fraud, trickery and deceit, and petitioner's wealth".<sup>50</sup>

What is clear from recent Supreme Court cases is that the mere fact that punitive damages are awarded in an amount substantially in excess of the accompanying compensatory damages will not in itself justify a constitutional challenge. Rather than a focus on the *amount* of the punitive damages, the due process analysis of the court requires (1) meaningful and adequate review of a jury's punitive damages award by the trial court, and subsequent appellate review, and (2) some indication that the jury verdict has a reasonable relationship to the goals of deterrence and punishment and is not based on prohibited grounds such as prejudice against an out-of-state defendant.

In the 1993 term, the Court heard *Honda Motor Co., Ltd. v. Oberg*,<sup>51</sup> challenging a 1910 amendment to the Oregon Constitution prohibiting judicial review of punitive damages verdicts "unless the court can affirmatively say there is no evidence to support the

---

<sup>44</sup> *Id.* at 20-21.

<sup>45</sup> *Id.* at 24.

<sup>46</sup> 113 S. Ct. 2711 (1993).

<sup>47</sup> 113 S. Ct. at 2720. Australian courts also have rejected the need for any connection between compensatory and punitive damages. See, e.g., *XL Petroleum (NSW) Pty. Ltd. v. Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd.* (1985) 155 C.L.R. 448, 471.

<sup>48</sup> *Id.* at 2721.

<sup>49</sup> *Id.* at 2722.

<sup>50</sup> *Id.* at 2722 (Scalia, J., concurring).

<sup>51</sup> 114 S.Ct. 2331 (1994).

dique. Exprimant l'avis de la Cour («*majority opinion*»), il souligne que la procédure de l'Etat d'Alabama en cause comportait l'examen après le procès des indemnités versées comme dommages-intérêts punitifs et que cet examen par la Cour Suprême d'Alabama avait fourni une vérification supplémentaire pour décider du rapport entre les dommages-intérêts punitifs et les objectifs de dissuasion et de rétribution recherchés<sup>44</sup>. Blackmun conclut que les dommages-intérêts punitifs accordés, dont le montant était au moins quatre fois supérieur aux dommages compensatoires, «n'avaient pas franchi la limite de l'inconstitutionnalité»<sup>45</sup>.

Dans l'affaire *TXO Production Corp. contre Alliance Resources Corp.*<sup>46</sup>, la Cour Suprême a nettement affirmé qu'une simple comparaison des dommages-intérêts punitifs à une indemnité compensatoire ne suffirait pas à prouver une violation des clauses de sauvegarde de la liberté individuelle<sup>47</sup>. Elle a maintenu des dommages-intérêts punitifs, accordés en Virginie occidentale, qui étaient 526 fois plus importants que les dommages réellement accordés par le jury. Alors que l'avis de la pluralité rédigé par le Juge Stevens «évitait une approche qui se concentre entièrement sur la relation entre les dommages réels et les dommages-intérêts punitifs»<sup>48</sup>, il décrétait «qu'il convenait de considérer l'ampleur du dommage considérable que la conduite du défendeur aurait causé à sa victime désignée si le plan qui portait atteinte à ses droits avait réussi, ainsi que le dommage éventuel à d'autres victimes si une conduite similaire n'était pas découragée à l'avenir»<sup>49</sup>. La Cour a décidé en définitive qu'une somme de 10 millions de dollars en dommages-intérêts punitifs était raisonnable «vu les sommes potentiellement en jeu, la mauvaise foi du requérant, le fait que la machination employée dans la présente affaire se rattachait à un ensemble plus vaste de fraude, de tricherie et de tromperie, ainsi que la fortune du requérant»<sup>50</sup>.

Ce qui est clair d'après les décisions récentes de la Cour Suprême à ce sujet, c'est que le simple fait que le montant des dommages-intérêts punitifs qui sont accordés dépasse de loin les dommages compensatoires qui les accompagnent ne représente pas en soi un défi aux dispositions de la constitution. Au lieu de se concentrer sur le *montant* de ces dommages-intérêts, la Cour qui analyse les clauses de sauvegarde de la liberté individuelle doit examiner en profondeur et correctement les dommages-intérêts punitifs accordés par le tribunal de jugement, ainsi que la revision ultérieure en appel et en second lieu, avoir quelque indication que le jury ait raisonnablement fondé son verdict sur les objectifs de dissuasion et de punition, et non sur des motifs prohibés comme une prévention contre un défendeur qui n'est pas du même état.

Au cours de la session de 1993, la Cour Suprême a entendu *Honda Motor Co., Ltd. contre Oberg*<sup>51</sup>, qui remet en cause un amendement de 1910 à la Constitution de l'Oregon, qui interdit la revision judiciaire des verdicts de dommages-intérêts punitifs «sauf si la Cour peut

<sup>44</sup> *Id.* 20-21.

<sup>45</sup> *Id.* 24.

<sup>46</sup> 113 S.Ct. 2711 (1993).

<sup>47</sup> 113 S. Ct. in 2720. Les tribunaux australiens ont également rejeté la nécessité d'un rapport entre les dommages-intérêts compensatoires et punitifs. Cf. par ex., *XL Petroleum (NSW) Pty. Ltd. v. Clatex Oil (Australie) Pty. Ltd.* (1985) 155 C.L.R. 448, 471.

<sup>48</sup> *Id. in* 2721.

<sup>49</sup> *Id. in* 2722.

<sup>50</sup> *Id. in* 2722 (Scalia, J., approuvant).

<sup>51</sup> 114 S.Ct. 2331 (1994).

verdict".<sup>52</sup> Stating that "'meaningful and adequate review [of punitive damages awards] by the trial court' and subsequent appellate review"<sup>53</sup> are required by the Due Process Clause, the Court sent the matter back to the Oregon Supreme Court with instructions to provide such review.

#### EMPIRICAL DATA ON PUNITIVE DAMAGES

Recent studies demonstrate that (1) in only a very small percentage of personal injury cases in the US are punitive damages awarded;<sup>54</sup> (2) in those cases in which punitive damages are awarded, they often are either reduced, reversed or otherwise never paid;<sup>55</sup> and (3) despite the punitive and deterrent purposes of such damages, there exists a high correlation between punitive damages and economic loss.<sup>56</sup>

Even in California, a state often considered extreme in its predisposition toward plaintiffs, a study of cases in the 1980's demonstrated that punitive damages were awarded in less than

---

<sup>52</sup> Oregon Const. Art. VII, § 3.

<sup>53</sup> 114 S.Ct. at 2335, quoting Haslip at 499 US 20.

<sup>54</sup> See, e.g., Marc Galanter & David Luban, Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism, 42 Am. U.L.Rev. 1393, 1412. A study of Cook County, Illinois, and California cases found punitive awards from 1980 to 1984 in only about 1% of all personal injury verdicts. Mark Peterson *et al.*, The Inst. for Civil Justice (RAND), Punitive Damages: Empirical Findings 35 (1987), reporting on an Institute of Civil Justice study. A study of Texas cases in the mid-1980's found punitive damages awarded in 0.6% of non-medical claims and 0.2% of medical malpractice claims. Texas State Board of Insurance, Texas Liability Insurance Closed Claim Survey 32 (1987). A review of 1980's product liability cases found punitive damages awards in about 2% of 359 reported cases. William M. Landes & Richard A. Posner, New Light on Punitive Damages, *Reg.*, Sept.-Oct. 1986, at 33, 36. Another study of product liability cases closed in 1985 found punitive damages paid in only four of 442 (0.7%) claims. Lawrence W. Soular, A Study of Large Product Liability Claims closed in 1985 18-89 (1986).

Not only are punitive damages awards granted less often than is commonly thought, but they also appear to be decreasing in number. When asbestos cases are factored out, a recent study discovered that the number of punitive damages awards dropped by 34% from the early 1980's (1981-85) to the late 1980's (1986-90). Michael Rustad, The Roscoe Pound Foundation, Demystifying Punitive Damages in Products Liability Cases: A Survey of a Quarter Century of Trial Verdicts 24 (1991). From 1985 to 1991, federal court filings of non-asbestos product liability cases actually declined by 36%. Director of the Admin. Office of the US Courts, Annual Reports of the Proceedings of the Judicial Conference (1985-91) tb. C2. See also James A. Henderson & Theodore Eisenberg, The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change, 37 U.C.L.A. L.Rev. 479, 539-43 (1990).

<sup>55</sup> Rustad, *supra* note 54, at 24 (finding that even when juries awarded punitive damages, in 40.2% of the cases no punitive damages are paid, in 14.7% of the cases the award of punitive damages is reduced, and in only 45.7% of the cases are the full punitive damages amounts awarded by the jury collected).

<sup>56</sup> One study found a correlation of .71 between punitive damages and compensatory damages. US General Accounting Office, Product Liability: Verdicts and Case Resolution in Five States, Sept. 1989, at 3.

affirmer qu'il n'y a aucune preuve à l'appui du verdict»<sup>52</sup>. Déclarant que «l'examen approfondi et suffisant [des dommages-intérêts punitifs] par le tribunal de jugement et la révision ultérieure en appel»<sup>53</sup> sont requis par la Clause sur la liberté individuelle, la Cour Suprême a renvoyé l'affaire devant la Cour Suprême d'Oregon avec instructions d'effectuer ledit examen.

#### DONNÉES EMPIRIQUES SUR LES DOMMAGES-INTÉRÊTS POUR PRÉJUDICE MORAL («PUNITIFS»)

Les études récentes montrent que des dommages-intérêts pour préjudice moral ne sont accordés que dans un très petit nombre de cas d'atteintes personnelles<sup>54</sup> et que dans ce cas, ils sont souvent réduits, annulés ou par ailleurs jamais versés<sup>55</sup>; et enfin, que bien qu'ils aient pour objectifs de servir de punition et de dissuasion, il existe une corrélation élevée entre les dommages-intérêts punitifs et la perte économique<sup>56</sup>.

Même en Californie, un état qu'on considère souvent comme manifestant une prédisposition outrancière envers le plaignant, une étude des procès des années 1980 a démontré que ce type de dommages-intérêts a été octroyé dans moins de deux pour cent des procès pour

<sup>52</sup> Art.VII Const. Oregon, §3.

<sup>53</sup> 114 S.Ct., 2335, citant *Haslip* *in* 499 US 20.

<sup>54</sup> Cf., par ex., Marc Galanter & David Luban, Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism, 42 *Am.U.L.Rev.* 1393, 1412. L'étude d'affaires de Cook County, d'Illinois et de Californie, entre 1980 et 1984, montre que des dommages-intérêts punitifs ont été accordés seulement dans environ 1% de tous les verdicts pour atteinte à la personne. Mark Peterson *et al.*, The Inst. For Civil Justice (RAND), Punitive Damages: Empirical Findings 35 (1987), citant une étude de l'Institut de Justice civile. Au Texas, vers le milieu des années 1980, l'étude des cas montre que des dommages-intérêts punitifs ont été accordés dans 0,6% des affaires non médicales et 0,2% des affaires pour faute professionnelle médicale. Texas State Board of Insurance, Texas Liability Insurance Closed Claim Survey 32 (1987). Pour les années 1980, dans les affaires de responsabilité pour défaut de fabrication, des dommages-intérêts punitifs ont été accordés dans environ 2% des 359 cas signalés. William M. Landes & Richard A. Posner, New Light on Punitive Damages, *Reg.*, Sept.-Oct. 1986, *in* 33, 36. Une autre étude sur la responsabilité pour défaut de fabrication (affaires conclues en 1985) montre que des dommages-intérêts n'ont été versés que dans quatre cas sur 442 (0,7%). Lawrence W. Soulard, A Study of Large Product Liability Claims Closed in 1985 18-89 (1986).

Il apparaît donc que non seulement les jurys accordent des dommages-intérêts punitifs moins souvent qu'on le croit généralement, mais leur chiffre décroît également. Si l'on exclut les affaires concernant l'amiante, une étude récente a révélé que le nombre de dommages-intérêts punitifs a chuté de 34% entre le début des années 1980 (1980-85) et la fin (1986-90). Michael Rustad, The Roscoe Pound Foundation, Demystifying Punitive Damages in Product Liability Cases: A Survey of a Quarter Century of Trial Verdicts 24 (1991). Entre 1985 et 1991, mis à part les affaires concernant l'amiante, les affaires de responsabilité pour défaut de fabrication ont en fait diminué de 36%. Director of the Admin. Office of the US Courts, Annual Reports of the Proceedings of the Judicial Conference (1985-91) tb. C2. Cf. aussi, James A. Henderson & Theodore Eisenberg, The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change, 37 *U.C.L.A. L.Rev.* 479, 539-43 (1990).

<sup>55</sup> Rustad note *supra*, 54, *in* 24 (même lorsque les jurés ont octroyé des dommages-intérêts punitifs, dans 40,2% des cas aucun dommages-intérêts n'ont été payés, dans 14,7% des cas, le montant des dommages-intérêts a été réduit, et dans 45,7% des cas seulement, le montant total des dommages-intérêts punitifs octroyés par le jury a été perçu).

<sup>56</sup> Une étude a établi un rapport de 0,71 entre les dommages-intérêts punitifs et les dommages-intérêts compensatoires. US General Accounting Office, Product Liability: Verdicts and Case Resolution in Five States, Sept. 1989, *in* 3.

two percent of personal injury trials.<sup>57</sup> Another study indicates that nearly half (49.4%) of punitive damages awards are granted in *intentional* tort cases.<sup>58</sup>

A 1995 report by the US Department of Justice covered 761,919 tort, contract and real estate cases filed in the 75 largest US counties in the one-year period ending June 20, 1992.<sup>59</sup> Of those cases, 12,763 (1.68%) were product liability cases. Of the 12,026 cases that went to jury trial, 358 (2.98%) were product liability cases. Of the 358 product liability jury cases, the plaintiff won 142 (39.66%). Of these, the median size of the awards was \$260,000, the mean was \$727,000, and only 15.4% were for more than \$1,000,000. Moreover, punitive damages were awarded in only three of the 142 cases won by the plaintiff. The total punitive damages awarded in these three cases was \$40,000.<sup>60</sup>

#### RECENT CONGRESSIONAL CONSIDERATION OF PUNITIVE DAMAGES

The promise to reform US litigation, particularly as it relates to product liability actions, was a part of the "Contract with America," on which Republican congressional candidates campaigned in the fall of 1994. This promise resulted in the introduction of a number of bills in the 104th Congress. Ultimately, in March of 1996, the Conference Committee of the House and Senate agreed upon a version of the "Common Sense Product Liability Legal Reform Act of 1996".<sup>61</sup> This Act would federalize US product liability litigation, applying to "any product liability action brought in any state or federal court on any theory for harm caused by a product".<sup>62</sup> It provides for a uniform maximum statute of limitations of two years after the date on which the claimant "discovered or, in the exercise of reasonable care, should have discovered" the harm,<sup>63</sup> and an ultimate fifteen year statute of repose from the time of the delivery of the product to the first purchaser.<sup>64</sup> In addition, it (1) requires that all punitive damages claims be proved by "clear and convincing evidence that conduct carried out by the defendant with a conscious, flagrant indifference to the rights or safety of others was the proximate cause of the harm",<sup>65</sup> and (2) limits punitive damages to the greater of twice the

---

<sup>57</sup> Peterson *et al.*, *supra* note 54, at 12.

<sup>58</sup> Stephen Daniels & Joanne Martin, Empirical Patterns in Punitive Damage Cases: A Description of Incidence Rates and Awards 11 (American Bar Foundation Working Paper No 8705, 1987) (studying punitive damages awards in state courts of forty-two counties in ten states in the early 1980's).

<sup>59</sup> US Department of Justice Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics Special Report, Civil Justice Survey of State Courts, 1992: Civil Jury Cases and Verdicts in Large Counties (July 1995).

<sup>60</sup> *Id.* (Table 9).

<sup>61</sup> H.R. 956, H.R. 10, 104th Cong., 1st Sess. (1995). See Common Sense Product Liability Legal Reform Act of 1996, Conference Report of March 13, 1996, Westlaw BNA-DER, 1996 DER 51 d105.

<sup>62</sup> H.R. 956, *supra* note 61, at § 102(a)(1).

<sup>63</sup> *Id.* at § 106(a)(1).

<sup>64</sup> *Id.* § 106(1)(b).

<sup>65</sup> *Id.* § 108(a).

dommage à la personne<sup>57</sup>. Une autre étude indique que près de la moitié de ces dommages-intérêts (49,4%) sont accordés dans des affaires de *tort* avec intention<sup>58</sup>.

En 1995, un rapport du Ministère de la Justice des Etats-Unis a examiné 761 919 affaires portant sur les torts, les contrats et l'immobilier, dans les 75 comtés les plus importants du pays, au cours d'une période d'un an se terminant le 20 juin 1992<sup>59</sup>. Sur ce total, 12 763 affaires (1,68%) portaient sur la responsabilité pour défaut de fabrication; sur les 12 026 cas qui ont été portés devant le jury, 358 (2,98%) portaient sur la responsabilité pour défaut de fabrication; sur ce nombre, 142 procès (39,66%) ont été gagnés par le plaignant. Sur ce total, la médiane des indemnités accordées était de 260 000 dollars, la moyenne était de 727 000 dollars et l'indemnité dépassait le million de dollars dans seulement 15,4% des cas. En outre, le jury n'a accordé de dommages-intérêts pour préjudice moral que dans trois des 142 affaires gagnées par le plaignant. Le total de ces dommages-intérêts, pour les trois affaires, s'élevait à 40 000 dollars<sup>60</sup>.

#### EXAMEN RÉCENT, PAR LE CONGRÈS, DES DOMMAGES-INTÉRÊTS POUR PRÉJUDICE MORAL

La promesse de réformer le système de litigation des Etats-Unis, particulièrement dans le cas des affaires de responsabilité pour défaut de fabrication, était inscrite dans le «Contrat avec l'Amérique» sur lequel les candidats Républicains au Congrès ont fait campagne à l'automne 1994. Cette promesse a entraîné le dépôt de plusieurs projets de loi au 104ème Congrès. En définitive, en mars 1996, le Comité des conférences du Congrès et du Sénat a convenu d'un texte de «Loi de 1996 portant réforme légale, basée sur le bon sens, de la responsabilité pour défaut de fabrication»<sup>61</sup>. Cette loi ferait passer au niveau fédéral les litiges sur ce type de responsabilité et s'appliquerait «à toute action en responsabilité pour défaut de fabrication intentée devant un tribunal d'état ou fédéral sur la base d'une théorie de préjudice causé par un produit»<sup>62</sup>. Elle stipule des délais de prescription maximums uniformes de deux ans à partir de la date à laquelle le plaignant «a découvert, ou en prêtant raisonnablement attention, aurait dû découvrir» le préjudice<sup>63</sup>, et une prescription définitive de quinze ans de sommeil à partir de la date de livraison du produit au premier acquéreur<sup>64</sup>. En outre, elle stipule, d'une part, que toutes les demandes de dommages-intérêts pour préjudice moral doivent être démontrées «par des preuves manifestes et convaincantes que la conduite adoptée par le défendeur avec une indifférence consciente et flagrante aux droits ou à la sécurité d'autrui constitue la cause immédiate du préjudice»<sup>65</sup>, et d'autre part,

---

<sup>57</sup> Peterson *et al.*, note *supra* 54, *in* 12.

<sup>58</sup> Stephen Daniels & Joanne Martin, Empirical Patterns in Punitive Damage Cases: a Description of Incidence Rates and Awards 11 (American Bar Foundation Working Paper No 8705, 1987) (étude des dommages-intérêts punitifs octroyés dans les tribunaux d'Etat, dans quarante-deux comtés de dix états au début des années 1980).

<sup>59</sup> US Department of Justice Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics Special Report, Civil Justice Survey of State Courts, 1992: Civil Jury Cases and Verdicts in Large Counties (July 1995).

<sup>60</sup> *Id.* (Tableau 9).

<sup>61</sup> H.R. 956, H.R. 10, 104th Cong., 1st. Sess. (1995). Cf. Common Sense Product Liability Legal Reform Act of 1996, Conference Report of March 13, 1996, Westlaw BNA-DER, 1996 DER 51 d105.

<sup>62</sup> H.R. 956, note *supra* 61, *in* § 102(a)(1).

<sup>63</sup> *Id.* *in* § 106(a)(1).

<sup>64</sup> *Id.* *in* § 106(1)(b).

<sup>65</sup> *Id.* *in* § 108(a).

total of economic damages or \$250,000.<sup>66</sup> President Clinton promised a veto of the bill.<sup>67</sup> The Senate passed the Act on March 21.

#### STATE LIMITATIONS ON THE AVAILABILITY OF PUNITIVE DAMAGES

The past decade has seen significant reform of state litigation rules, particularly in the area of punitive damages remedies.<sup>68</sup> These changes have come both through statutory reform and judicial limits on the availability of punitive damages, and have included (1) the implementation of higher evidentiary standards, thus limiting the authority of juries to award punitive damages; (2) legislation requiring that portions of punitive damages awards be paid to the state rather than to the plaintiff; (3) dollar limitations on the amount of punitive damages that may be awarded; and (4) the complete prohibition of punitive damage awards.

The most widely employed method of restricting the availability of punitive damages has been to replace the "preponderance of the evidence" standard with a requirement that the plaintiff prove liability on the part of the defendant by "clear and convincing" evidence before punitive damages may be recovered. Twenty states have enacted statutes that require "clear and convincing" evidence of defendant liability to justify punitive damages.<sup>69</sup> A vast majority of these changes in the evidentiary standard have been enacted since 1986. Colorado has gone beyond the clear and convincing evidence standard to provide that "[e]xemplary damages ... shall only be awarded when the party asserting the claim proves *beyond a reasonable doubt* the commission of a wrong".<sup>70</sup>

In addition to the twenty states that have raised their evidentiary standards by statute, the highest courts of eight more states have stated that a plaintiff must demonstrate malice, ill will or oppression on the part of a defendant by clear and convincing evidence.<sup>71</sup> The

---

<sup>66</sup> *Id.* § 108(b).

<sup>67</sup> Letter from President Clinton to Senate Majority Leader Bob Dole and Statement of Administration Policy on "Common Sense Product Liability Legal Reform Act of 1996", H.R. 956, dated March 16, 1996, reprinted at Westlaw BNA-DER, 1996 DER 53 d123.

<sup>68</sup> See Martha Middleton, *A Changing Landscape: As Congress Struggles to Rewrite the Nation's Tort Laws, the States Already May Have Done the Job*, 81 A.B.A.J. 56 (1995).

<sup>69</sup> Ala. Code §6-11-21 (1993); Alaska Stat. §9.17.020 (1994); Cal. Civ. Code §3294 (a) (1994); Ga. Code Ann. §51-12-5.1 (1994); Ill. Ann. Stat. Ch. 735 para. 5/2-1207 (Westlaw 1995); Iowa Code Ann. §668A.1.(1)(a)(1987); Kan. Stat. Ann. §60-3701(c)(1994); Ky. Rev. Stat. Ann. §411.184(2)(Michie/Bobbs-Merril 1991); Minn. Stat. Ann. §549.20(1) (West 1995); Miss. Code Ann. §11-1-65(1)(a)(1994); Mont. Code Ann. §27-1-221(5) (1995); Nev. Rev. Stat. Ann. §42.005(1) (Michie 1986); N.D. Cent. Code §3203.21(1) (1993); Ohio Rev. Code Ann. §2315.21(D)(3) (Baldwin 1994); Okla. Stat. Ann. Title 23 §9.1(B),(C),(D) (Westlaw 1995); Or. Rev. Stat. §30.925 (1988); S.C. Code Ann. §15-33-135 (Law. Co-op 1994); Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §41.001(5) (Westlaw 1995); Utah Code Ann. §78-18-1(1)(a) (1992).

<sup>70</sup> Colo. Rev. Stat. Ann. §13-25-127 (1987) (emphasis added).

<sup>71</sup> *Thompson v. Better-Bilt Aluminum Products Co.*, 832 P.2d 203 (Ariz. 1992); *Freeman v. Alamo Mgt. Co.*, 607 A.2d 370 (Conn. 1992); *Amfac, Inc. v. Waikiki Beachcomer Inv. Co.*, 839 P.2d 10 (Haw. 1992); *Estate of Reasonor v. Putnam Co.*, 635 N.E.2d 153 (Ind. 1994); *Fitzgerald v. Gamester*, 658 A.2d 1065 (Me. 1995); *AcandS, Inc. v. Godwin*, 667 A.2d 116 (Md. 1995); *Boling v. Tenn. State Bank*, 890 S.W.2d 32 (Tenn. 1994); *Loveridge v. Chartier*, 468 N.W.2d 146 (Wis. 1991).

elle limite les dommages-intérêts obtenus à ce titre au double du total des préjudices économiques ou à 250 000 dollars, le montant le plus élevé étant retenu<sup>66</sup>. Le Président Clinton a promis de mettre son veto au projet de loi<sup>67</sup>. Le Sénat a voté cette Loi le 21 mars.

#### LIMITES IMPOSÉES PAR LES ETATS À L'OCTROI DE DOMMAGES-INTÉRÊTS POUR PRÉJUDICE MORAL

Au cours des dix dernières années, les règles sur les litiges ont connu une réforme importante au niveau des états, surtout en ce qui concerne les indemnités versées à titre de dommages-intérêts punitifs<sup>68</sup>. Ces modifications ont été effectuées par le biais de deux méthodes, une réforme des lois et des limites imposées à la possibilité d'accorder ce type de dommages-intérêts; elles peuvent prendre les différentes formes suivantes: 1) la mise en place de normes plus strictes sur les preuves, limitant ainsi le pouvoir des jurys d'accorder des dommages-intérêts punitifs; 2) une législation stipulant qu'une partie des montants des dommages-intérêts soit versée à l'état au lieu du plaignant; 3) des limitations en dollars au montant qui peut ainsi être accordé; et 4) la prohibition complète des dommages-intérêts punitifs.

La méthode la plus souvent employée a été de durcir la norme de la «prépondérance des preuves» en enjoignant au plaignant de prouver la responsabilité du défendeur par des «preuves manifestes et convaincantes» avant qu'il puisse recevoir des dommages-intérêts. Vingt états ont voté des lois qui prescrivent «des preuves manifestes et convaincantes» de la responsabilité du défendeur afin de justifier les dommages-intérêts punitifs<sup>69</sup>. Une vaste majorité de ces lois modifiant les normes concernant les preuves a été votée depuis 1986. Le Colorado est même allé au-delà de la «preuve manifeste et convaincante» en stipulant que «des dommages-intérêts pour préjudice moral ... ne devraient être accordés que si la partie qui les revendique prouve avec une quasi-certitude («*beyond a reasonable doubt*») qu'un préjudice a été commis»<sup>70</sup>.

En plus des vingt états qui ont ainsi modifié les normes par le biais de la législation, les Cours suprêmes de huit autres états ont statué que le plaignant doit démontrer, par des preuves manifestes et convaincantes, l'intention de nuire, la malveillance ou l'oppression de la part du défendeur<sup>71</sup>. Les Cours suprêmes de deux états ont décreté que cette norme

<sup>66</sup> *Id. in* § 108(b).

<sup>67</sup> Lettre du Président Clinton au Chef de la majorité du Sénat, M. Bob Dole et Déclaration sur la Politique de l'Administration *in* «Common Sense Product Liability Legal Reform Act of 1996», H.R. 956, 16 mars 1995, réimprimé *in* Westlaw BNA-DER, 1996 DER 53 d123.

<sup>68</sup> Cf. Martha Middleton, A Changing Landscape: As Congress Struggles to Rewrite the Nation's Tort Law, the States Already May Have Done the Job, 81 A.B.A.J. 56 (1995).

<sup>69</sup> Ala Code §6-11-21(1993); Alaska Stat. §9-17-020(1994); Cal. Civ. Code §3294(a)(1994); Ga. Code Ann. §51-12-5.1(1994); Ill. Ann. Stat. Ch.735 para. 5/2-1207 (Westlaw 1995); Iowa Code Ann. §668A.1.(1)(a) (1987); Kan. State Ann. §60-3701(c) (1994); Ky. Rev. Stat. Ann. §411.184(2) (Michie/Bobbs-Merril 1991); Minn. Stat. Ann. §549-20(1) (West 1995); Miss. Code Ann. §11-1-65(1)(a) (1994); Mont. Code Ann. §27-1-221(5) (1995); Nev. Rev. Stat. Ann. §42.005(1) (Michie 1986); N.D. Cent. Code §3203.2-1(1) (1993); Ohio Rev. Code Ann. §2315.21(D)(3) (Baldwin 1994); Okla. Stat. Ann. Title 23 §9.1(B), (C),(D) (Westlaw 1995); Or. Rev. Stat. §30.925 (1988); S.C. Code Ann. §15-33-135 (Law. Co-op 1994); Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §41.001(5) (Westlaw 1995); Utah Code Ann. §78-18-1(1)(a) (1992).

<sup>70</sup> Colo. Rev. Stat. Ann. §13-25-127 (1987) (importance supplémentaire).

<sup>71</sup> *Thompson v. Better-Bilt Aluminium Products Co.*, 832P.2d 203 (Ariz. 1992); *Freeman v. Alamo Mgt. Co.*, 607 A.2d 370 (Conn. 1992); *Amfac. Inc. v. Waikiki Beachcomer Inv. Co.*, 839P.2d 10 (Haw. 1992); *Estate of Reasonor v. Putnam Co.* 635 N.E.2d. 153 (Ind. 1994); *Fitzgerald v. Gamester*, 658 A.2d 1065 (Me. 1995); *AcandS, Inc. v. Godwin*, 667 A.2d 116 (Md. 1995); *Boling v. Tenn. State Bank*, 890 S.W.2d 32 (Tenn. 1994); *Loveridge v. Chartier*, 468 N.W.2d 146 (Wis. 1991).

Supreme Courts of two states have ruled that the clear and convincing evidence standard applies to punitive damage awards in libel suits.<sup>72</sup> Taken together, nearly three-fifths of the US states have raised the evidentiary hurdle for awarding punitive damages.

To reduce a plaintiff's financial incentive in punitive damages cases, seven states now require that a portion of any punitive damages award be paid to the state.<sup>73</sup> Two states enacted similar laws, but repealed them in 1995.<sup>74</sup> These laws often are accompanied by legislative statements that the purpose of punitive damages is not to enrich or even compensate a plaintiff, but instead to punish defendants and deter similar actions of others.<sup>75</sup>

More than a dozen state legislatures have imposed monetary caps on punitive damages.<sup>76</sup> Alabama and Virginia impose a straightforward monetary limit on punitive damages of \$250,000 and \$350,000 respectively.<sup>77</sup> Other states limit punitive damages awards to no more than double or triple the amount of compensatory damages.<sup>78</sup> Still others offer a

<sup>72</sup> *Johnson v. Johnson*, 654 A.2d 1212 (R.I. 1995); *Schnupp v. Smith*, 457 S.E.2d 42 (Va. 1995).

<sup>73</sup> Ga. Code Ann. §51-12-5.1(e)(2) (1994); Ill. Ann. Stat. ch. 735 ¶ 5/2-1207 (Westlaw 1995); Ind. Code Ann. §34-4-34-6 (Westlaw 1995); Iowa Code Ann. §668A.1(2) (1987); Mo. Stat. Ann. §537.675 (Vernon 1988); Or. Rev. Stat. §18.540 (1988); Utah Code Ann. §78-18-1(1)(a) (1992).

<sup>74</sup> Col. Rev. Stat. Ann. §13-21-102(4) (1987); Fla. Stat. Ann. §768.73(2)(b) (1995).

<sup>75</sup> See, e.g., Cal. Civ. Code §3294(a) (1994); Ga. Code Ann. §51-12-5.1(c) (1994); Idaho Code §6-1604 (1990). The statutes requiring payment to the state vary considerably in their requirements and scope. In Indiana, for example, 75 percent of *any* punitive damage award must be paid to the state and deposited into the Violent Crime Victims Compensation Fund. Ind. Code Ann. §34-4-34-6 (Westlaw 1995). Georgia also requires that 75 percent of a punitive damages award be paid to the state, but only in product liability cases. Ga. Code Ann. §51-12-5.1 (e)(2) (1994). Iowa requires that 75 percent of any punitive damages be paid to the state, but only if the defendant's conduct was not specifically directed toward the plaintiff. Iowa Code Ann. §668A.1(2) (1987). Missouri, Oregon and Utah require that 50 percent of any punitive damages award, minus attorney fees, be turned over to the state, while Illinois allows the trial court the *discretion* to award a portion of a punitive damages award to the State Department of Rehabilitation Services. Mo. Stat. Ann. §537.675 (Vernon 1988); Or. Rev. Stat. §18.540 (1988); Utah Code Ann. §78-18-1(3) (1992); Ill. Ann. Stat. Ch. 735 para. 5/2-1207 (Westlaw 1995). While the approaches differ, the effect of all the statutes is to reduce the plaintiff's financial incentive in seeking punitive damages.

<sup>76</sup> Ala. Code §6-11-21 (1993); Colo. Rev. Stat. Ann. §13-21-102(1)(a) & (3) (1987); Conn. Gen. Stat. Ann. §52-240b (West 1991); Fla. Stat. Ann. §768.73(1)(a) (1995); Ga. Code Ann. §51-12-5.1(e)(1), (f) & (g) (1994); Ill. Ann. Stat. Ch. 735, para. 5/2-1115.05(a) (West 1995); Ind. Code Ann. §34-4-34-4 (West 1995); Kan. Stat. Ann. §60-3702(e), (f) & (h) (1994); Nev. Rev. Stat. Ann. §42.005(1) & (2) (Michie 1989); N.D. Cent. Code §3203.2-1(4) (1993); Okla. Stat. Ann. tit. 23, §9.1(B), (C) & (D) (West 1995); Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §41.008 (West 1995); Va. Code Ann. §8.01-38.1 (Michie 1992).

<sup>77</sup> The Alabama law does provide for exceptions to the cap in cases of "a pattern or practice of intentional wrongful conduct," actual malice, or libel and defamation. Ala. Code §6-11-21 (1993). See also Va. Code Ann. §8.01-38.1 (Michie 1992).

<sup>78</sup> Colo. Rev. Stat. Ann. §13-21-102(1)(a) & (3) (1987); Fla. Stat. Ann. §768.73(1)(a) (1995); Ill. Ann. Stat. Ch. 735, ¶ 5/2-1115.05(a) (West 1995); Ind. Code Ann. §34-4-34-4 (West 1995).

s'applique aux dommages-intérêts accordés dans les procès pour écrits diffamatoires<sup>72</sup>. Pris globalement, sur le nombre total des états, près des trois-cinquièmes ont placé plus haut la barre en ce qui concerne les preuves justifiant l'octroi de dommages-intérêts pour préjudice moral.

Afin de réduire la motivation pécuniaire du plaignant dans ce genre d'affaires, sept états prescrivent maintenant qu'une partie de tous dommages-intérêts punitifs accordés soit versée à l'état<sup>73</sup>. Deux états ont voté des lois similaires, mais les ont abrogées en 1995<sup>74</sup>. Ces lois sont souvent accompagnées de déclarations du législateur affirmant que le but des dommages-intérêts punitifs n'est pas d'enrichir ni même de compenser le plaignant, mais de punir les défendeurs et de dissuader d'autres personnes de commettre des actes similaires<sup>75</sup>.

Plus d'une douzaine d'assemblées d'état ont imposé des plafonds monétaires aux dommages-intérêts punitifs<sup>76</sup>. L'Alabama et la Virginie fixent respectivement une limite pure et simple de 250 000 dollars et de 350 000 dollars<sup>77</sup>. D'autres états limitent les dommages-intérêts punitifs au double ou au triple, au maximum, du montant des dommages compensatoires<sup>78</sup>. D'autres enfin ont recours à une approche mixte, en autorisant au maximum le double ou le

<sup>72</sup> *Johnson v. Johnson*, 654 A.2d. 1212 (R.I. 1995); *Schnupp v. Smith*, 457 S.E.2d 42 (Va. 1995).

<sup>73</sup> Ga. Code Ann. §51-12-5.1(e)(2) (1994); Ill. Ann. Stat. ch. 735 ¶5/2-1207 (Westlaw 1995); Ind. Code Ann. §34-4-34-6 (Westlaw 1995); Iowa Code Ann. §668A.1(2) (1987); Mo. Stat. Ann. §537.675 (Vernon 1988); Or. Rev. Stat. §18.540 (1988); Utah Code Ann. §78-18-1(1)(a) (1992).

<sup>74</sup> Col. Rev. Stat. Ann. §13-21-102(4) (1987); Fla. Stat. Ann. §768.73(2)(b) (1995).

<sup>75</sup> Cf. par ex., Civ. Code §3294(a)(1994); Ga Code Ann. §51-12-5.1(c)(1994); Idaho Code §6-1604 (1990). Les lois stipulant le paiement à l'état présentent des variations considérables dans leurs conditions et leur champ d'application. En Indiana, par ex., 75 pour cent de toute indemnité pour dommages-intérêts punitifs doivent être versés à l'état et déposés sur le Fonds de compensation des victimes de crime violent. Ind. Code Ann. §34-4-34-6 (Westlaw 1995). La Géorgie stipule aussi que 75 pour cent de l'indemnité accordée soient versés à l'état, mais uniquement dans les cas de responsabilité pour défaut de fabrication. Ga. Code Ann. §51-12-5.1 (e)(2)(1994). L'Iowa prescrit que 75 pour cent des dommages-intérêts punitifs soient versés à l'état, mais seulement si la conduite du défendeur n'était pas spécifiquement dirigée contre le plaignant. Iowa Code Ann. §668A.1(2) (1987). Le Missouri, l'Oregon et l'Utah prescrivent que la moitié de l'indemnité, moins les honoraires de l'avocat, soit versée à l'état, alors que l'Illinois donne au tribunal la latitude de faire verser une part des dommages-intérêts aux Services de réhabilitation de l'état. Mo. Stat. Ann. §537.675 (Vernon 1988); Or. Rev. Stat. §18.540 (1988); Utah Code Ann. §78-18-1(3) (1992); Ill. Ann. Stat. Ch. 735 para. 5/2-1207 (Westlaw 1995). Bien que les méthodes diffèrent, ces lois ont toutes pour effet de réduire la motivation pécuniaire du plaignant qui demande des dommages-intérêts.

<sup>76</sup> Ala. Code §6-11-21 (1993); Colo. Rev. Stat. Ann. §13-21-102(1) (a)&(3) (1987); Conn. Gen. Stat. Ann. §52-240b (West 1991); Fla. Stat. Ann. §768.73(1)(a) (1995); Ga. Code Ann. 51-12-5.1(e)(1), (f) & (g) (1994); Ill. Ann. Stat. Ch. 735. para. 5/2-1115.05(a) (West 1995); Ind. Code Ann. §34-4-34-4 (West 1995); Kan. Stat. Ann. §60-3702(e), (f)&(h) (1994); Nev. Rev. Stat. Ann. §42-005 (1)&(2) (Michie 1989); N.D. Cent. Code §3203.2-1(4) (1993); Okla. Stat. Ann. tit. 23, §9 1(B),(C)&(D) (West 1995); Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §41.008 (West 1995); Va. Code Ann. §8.01-38.1 (Michie 1992).

<sup>77</sup> La législation de l'Alabama prévoit des exceptions au plafond imposé, dans les cas de «violation systématique ou pratique continue de conduite abusive délibérée», malveillance réelle, ou écrits diffamatoires et diffamation. Ala. Code §6-11-21 (1993). Cf. également Va. Code Ann. §8.01-38.1 (Michie 1992).

<sup>78</sup> Colo. Rev. Stat. Ann. §13-21-102(1)(a)&(3) (1987); Fla. Stat. Ann. §768.73(1)(a) (1995); Ill. Ann. Stat. Ch. 735, ¶ 5/2-1115. 05(a) (West 1995); Ind. Code Ann. §34-4-34-4 (West 1995).

hybrid approach, allowing no more than double or triple actual damages, up to a specified amount.<sup>79</sup> Connecticut has a punitive damages cap of no more than twice the amount of actual damages in products liability cases,<sup>80</sup> while Georgia has a punitive damages cap of \$250,000 *except for* products liability cases.<sup>81</sup> Oklahoma imposes a cap of \$100,000 (or an amount equal to actual damage for actions showing "reckless disregard"), while allowing up to \$500,000 (or twice actual damages upon a showing of "intentional malice").<sup>82</sup>

Finally, five states have imposed the most severe restraints through a complete prohibition on punitive damages awards unless they are specifically authorized by statute.<sup>83</sup> In New Hampshire this restriction is statutory,<sup>84</sup> while Nebraska has written the prohibition of punitive damages into its state constitution.<sup>85</sup> The Montana legislature opted for a partial ban on punitive damage awards through a measure prohibiting punitive damages in contract claims.<sup>86</sup>

Other states have imposed the ban on punitive damage awards through case law.<sup>87</sup> These cases generally hold that the state legislature must specifically authorize the award of punitive damages before such relief can be ordered by the courts. In Michigan, the state Supreme Court has taken a slightly different approach, interpreting the law to require a denial of punitive damages when compensatory damages can make the injured party whole.<sup>88</sup> In contrast to the piecemeal limitations on punitive damages imposed in a majority of states, an outright ban on punitive damages takes away all discretion from a court and jury.

---

<sup>79</sup> See, e.g., N.D. Cent. Code §3203.2-1(4) (1993) (punitive damage award may be no more than twice the compensatory damages, or \$250,000, whichever is greater); Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §41.008 (West 1995) (punitive damages may be no more than the greater of twice the amount of economic damages, plus non-economic damages, not to exceed \$750,000, or \$200,000).

<sup>80</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. §52-240b (West 1991).

<sup>81</sup> Ga. Code Ann. §51-12-5.1(e)(1), (f) & (g)(1994).

<sup>82</sup> Okla. Stat. Ann. tit. 23, §9.1(B), (C) & (D) (West 1995).

<sup>83</sup> See *Int'l Harvester Credit Corp. v. Seale*, 518 So.2d 1039 (La. 1988); *USM Corp. v. Marson Fastener Corp.*, 467 N.E.2d 1271 (Mass. 1984); *Neb. Const. art VII, §5*; *N.H. Rev. Stat. §507.16* (1995); *Kjerstad v. Ravellette Publ., Inc.*, 517 N.W.2d 419 (S.D. 1994); *MacKay v. Acorn Custom Cabetry, Inc.*, 898 P.2d 284 (Wash. 1995).

<sup>84</sup> N.H. Rev. Stat. §507.16 (1995).

<sup>85</sup> Neb. Const. art VII, §5.

<sup>86</sup> Mont. Code Ann. §27-1-220(2) (1993).

<sup>87</sup> See, e.g., *Int'l Harvester Credit Corp. v. Seale*, 518 So.2d 1039 (La. 1988); *USM Corp. v. Marson Fastener Corp.*, 467 N.E.2d 1271 (Mass. 1984); *Kjerstad v. Ravellette Publ., Inc.*, 517 N.W.2d 419 (S.D. 1994); *MacKay v. Acorn Custom Cabetry, Inc.*, 898 P.2d 284 (Wash. 1995).

<sup>88</sup> *Hayes-Albion v. Kuberski*, 364 N.W.2d 609, 617 (Mich. 1984).

triple des dommages réels, à hauteur d'un montant spécifique<sup>79</sup>. Le Connecticut fixe un plafond qui est au maximum le double du montant des dommages-intérêts réels, dans les affaires de responsabilité pour défaut de fabrication<sup>80</sup>, alors que la Géorgie fixe un plafond de 250 000 dollars sauf pour ce genre d'affaires<sup>81</sup>. L'Oklahoma impose un plafond de 100 000 dollars (ou un montant égal aux dommages réels pour les actes montrant «une négligence téméraire»), mais autorise jusqu'à 500 000 dollars (ou deux fois les dommages réels si le plaignant démontre «l'intention de nuire»)<sup>82</sup>.

Enfin, cinq états ont imposé des restrictions très sévères en prohibant complètement les dommages-intérêts punitifs sauf s'ils sont spécifiquement autorisés par la loi<sup>83</sup>. Au New Hampshire cette restriction est inscrite dans la loi<sup>84</sup>, alors que le Nebraska l'a intégrée dans la constitution de l'état<sup>85</sup>. Le corps législatif du Montana a choisi une interdiction partielle des dommages-intérêts punitifs par le biais d'une mesure qui les prohibe dans les actions contractuelles<sup>86</sup>.

D'autres états ont imposé cette interdiction sur les indemnités des dommages-intérêts punitifs par le biais de la jurisprudence<sup>87</sup>. Il est alors généralement prévu que le corps législatif d'un état doit expressément autoriser un tel redressement avant que les tribunaux puissent l'ordonner. Au Michigan, la Cour suprême de l'état a choisi une approche légèrement différente et a interprété que la loi prescrit le refus des dommages-intérêts punitifs si les dommages-intérêts compensatoires peuvent rendre indemne la victime d'un dommage<sup>88</sup>. Par contraste avec les limitations au coup par coup imposées par la majorité des états, une interdiction catégorique prive le tribunal et le jury de toute possibilité de choix.

---

<sup>79</sup> Cf. ex., N.D. Cent. Code §3203.2-1(4) (1993) (les dommages-intérêts punitifs ne peuvent pas excéder le double des dommages-intérêts compensatoires, ou 250 000 dollars, le chiffre le plus élevé étant retenu); Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §41.008 (West 1995) (les dommages-intérêts punitifs ne peuvent pas excéder le double du montant des dommages économiques plus les dommages non-économiques, pour un montant maximum de 750 000 dollars, ou 200 000 dollars, le chiffre le plus élevé étant retenu).

<sup>80</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. §52-240b (West 1991).

<sup>81</sup> Ga. Code Ann. §51-12-5.1(e)(1), (f)&(g) (1994).

<sup>82</sup> Okla. Stat. Ann. tit. 23, §9.1(B),(C)&(D) (West 1995).

<sup>83</sup> Cf. *Int'l Harvester Credit Corp. v. Seale*, 518 So.2d 1039 (La. 1988); *USM Corp. v. Marson Fastener Corp.*, 467 N.E.2d 1271 (Mass. 1984); *Neb. Const. art. VII*, §5; *N.H. Rev. Stat. §507.16* (1995); *Kjerstad v. Ravellette Publ., Inc.*, 517 N.W.2d 419 (S.D. 1994); *MacKay v. Acorn Custom Cabenetry, Inc.* 898 P.2d 284 (Wash. 1995).

<sup>84</sup> *N.H. Rev. Stat. §507.16* (1995).

<sup>85</sup> *Neb. Const. art. VII*, §5.

<sup>86</sup> *Mont. Code Ann. §27-1-220(2)*(1993).

<sup>87</sup> Cf. ex. *Int'l Harvester Credit Corp. v. Seale*, 518 So.2d 1039 (La. 1988); *USM Corp. v. Marson Fastener Corp.*, 467 N.E.2d. 1271 (Mass. 1984); *Kjerstad v. Ravellette Publ., Inc.*, 517N.W.2d 419 (S.D. 1994); *MacKay v. Acorn Custom Cabenetry, Inc.*, 898 P.2d 284 (Wash. 1995).

<sup>88</sup> *Hayes-Albion v. Kuberski*, 364 N.W.2d 609, 617 (Mich. 1984).

## ANNEX V

### PENAL DAMAGES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Paper by the United Kingdom Delegation\*

#### Part I: Exemplary Damages in English Domestic Law

The general basis of tort damages in English law is that the damages should compensate the plaintiff for the harm that he suffered. The objective of damages is to put the plaintiff in the position he was in before the tort was committed - in so far as money can do this. The English courts do not recognise, either as a matter of common law or under statute, any general class of cases where punitive damages can be awarded, either on the basis of a jury award or on the basis of some formula such as triple damages. There are, however, circumstances in which the courts can award aggravated or exemplary damages.

##### Aggravated damages

Where the circumstances of the commission of the tort aggravated the harm, the courts may award aggravated damages, but such an award is still based on the principle of compensation.<sup>1</sup> Aggravated damages are most commonly awarded in defamation cases where the circumstances of the commission of

---

\* This paper is based on a draft prepared by Professor Trevor Hartley and Mr. Colin Scott, of the London School of Economics.

<sup>1</sup> *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129, per Lord Devlin at 1221.

the tort increased the damage to the plaintiff's dignity or feelings, for example where the defendant persisted in claims that the alleged defamatory statement was true;<sup>2</sup> however, awards for aggravated damages do not include any element to punish the defendant.<sup>3</sup> Although it is not always possible in older cases to distinguish aggravated damages from exemplary damages, the courts today attempt to make this distinction clear.<sup>4</sup>

#### Exemplary damages

Today, the view in England is that, generally speaking, punishment is a matter for the criminal law.<sup>5</sup> There are, however, two exceptional circumstances in which English courts will award damages of a punitive nature. First, exemplary damages may be awarded against a public servant where he has indulged in oppressive, arbitrary or unconstitutional action against the plaintiff. Secondly, an award of exemplary damages may be made against a defendant whose commission of the tort was calculated to provide him with an economic benefit in excess of any compensatory award which he might be liable to pay the plaintiff.

---

<sup>2</sup> *Rantzen v Mirror Group Newspapers* [1993] 4 All ER 975.

<sup>3</sup> *Sutcliffe v Pressdram* [1991] 1 QB 153, CA.

<sup>4</sup> Brazier (ed.), *Clerk and Lindsell on Torts* (17th ed, London, Sweet and Maxwell), pp. 27-66.

<sup>5</sup> *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 at 1220-1233 (per Lord Devlin). It may be noted that other Commonwealth jurisdictions do not take the same view. The Privy Council expressly rejected the decision in *Rookes v Barnard* in *Australian Consolidated Press v Uren* [1969] 1 AC 590, indicating that Australian law does not take such a narrow view of the circumstances under which awards of exemplary damages may be made.

## ANNEX V

(a) Abuse of Power: It is a well established principle, dating back to the eighteenth century, that public servants who abuse their power may be liable for exemplary damages. The conduct complained of must be oppressive, arbitrary or unconstitutional. These three categories of act are distinct and the plaintiff need only establish one of them.<sup>6</sup> An early example is a case where a search of the plaintiff's premises was carried out without a valid warrant.<sup>7</sup> The principle is applied to public servants generally, and is not restricted to Crown employees. Thus it has been used with increasing frequency in recent years in actions against the police for torts of false imprisonment and assault and battery.<sup>8</sup> Equally the principle may be applied against local government employees. However, the precise boundary is unclear between those who fall within the principle and those who do not. The defendant must be exercising some form of governmental power; however, the various tests for deciding whether the actions of a body are subject to judicial review,<sup>9</sup> or whether it is an emanation of the state for the purposes of European Community law,<sup>10</sup> are not relevant.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> *Holden v Chief Constable of Lancashire* [1987] QB 380.

<sup>7</sup> *Wilkes v Wood* (1763) Lofft 1. *Brazier* (ed.), *Clerk and Lindsell on Torts* (17th ed, 1995, London, Sweet and Maxwell), pp. 27-68.

<sup>8</sup> *Brazier* (ed.) *Clerk and Lindsell on Torts* (17th ed., 1995, London, Sweet and Maxwell), pp. 27-68.

<sup>9</sup> *R v Panel on Takeovers and Mergers ex p Datafin* [1987] QB 815.

<sup>10</sup> *Foster v British Gas* [1991] 2 AC 306.

<sup>11</sup> *A.B. v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507. In this case it was held that a publicly owned water company was not

(b) Economic Calculation: The second general category consists of those cases where the defendant calculates that the economic benefit to him of his conduct will outweigh any award of compensation to the plaintiff. Precise calculation is not needed, nor need the net benefit to the defendant be measurable in purely economic terms.<sup>12</sup> A prime example of calculating behaviour is where a newspaper publishes defamatory statements taking the view that increased sales will more than cover any libel award payable to the plaintiff.<sup>13</sup> A second area where exemplary damages have been frequently claimed is where landlords have acted unlawfully in evicting tenants. In such cases exemplary damages may be awarded for trespass.<sup>14</sup> A third situation concerns tortious interference with the plaintiff's business.<sup>15</sup>

#### Factors Considered in Making Awards of Exemplary Damages

Not every case of abuse of power or economic calculation will render the defendant liable to exemplary damages. The courts

---

exercising governmental functions in supplying drinking water which was contaminated.

<sup>12</sup> Brazier (ed.), *Clerk and Lindsell on Torts* (17th ed., 1995, London, Sweet and Maxwell), pp. 27-68.

<sup>13</sup> *Broome v Cassell* [1972] AC 1027.

<sup>14</sup> *Drane v Evangelou* [1978] 1 WLR 455. In *Guppys (Bridport) Ltd v Brookling and James* (1984) 14 HLR 1 tenants received an award of exemplary damages for nuisance when their landlord removed all their sanitary facilities in an attempt to evict them.

<sup>15</sup> *Messenger Group Newspapers Ltd v National Graphical Association* [1984] ICR 345.

## ANNEX V

generally exercise restraint in granting such awards. Additionally, the plaintiff himself must be the victim of the wrongful behaviour. Furthermore, the wealth of the defendant is relevant, both as an aggravating and as a mitigating factor. It must also be considered whether an award of compensatory damages, and any criminal penalty that might be imposed, would adequately punish the defendant.<sup>16</sup>

### No New Classes of Case

The Court of Appeal has held recently that exemplary damages will not be available in tort unless they were available prior to the decision of the House of Lords in *Rookes v. Barnard* in 1964.<sup>17</sup> Thus exemplary damages may not be awarded for public nuisance or breach of legislation passed since 1964, such as the product liability provisions of the Consumer Protection Act 1987 or the race and sex discrimination legislation.<sup>18</sup>

### Problems of Defamation Cases

One class of cases which has continued to give rise to particular difficulties is defamation cases. This is because it is the only area of tort law where juries regularly sit and juries often award very high damages. Such an award may be

<sup>16</sup> Brazier (ed.) *Clerk and Lindsell on Torts* (17th ed., 1995, London, Sweet and Maxwell), pp. 27-70.

<sup>17</sup> *A.B. v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507.

<sup>18</sup> Brazier (ed.) *Clerk and Lindsell on Torts* (17th ed., 1995, London, Sweet and Maxwell), pp. 27-70.

legitimate - for example, where a newspaper has calculated that profits from increased circulation will exceed any compensatory award - but this element is not commonly present where large awards have been made. A very large award was recently held to violate the United Kingdom's obligations under Article 10 of the European Convention on Human Rights (freedom of speech).<sup>19</sup> Recently, the Court of Appeal has sought to restrict excessive awards for exemplary damages in libel cases, using for this purpose new powers it has been given to substitute its own award of damages for that of the jury.<sup>20</sup> The Court of Appeal also closely monitors the trial judge's instructions to the jury to ensure that the principles relevant to the award of exemplary damages are clearly explained; and it has authorised trial courts to refer to what might be appropriate levels of damages in the particular case.<sup>21</sup> It is likely that these developments will have the effect of lowering the level of damages awarded in libel cases.

#### **The Enforcement of Foreign Judgments for Penal Damages**

In discussing the English position on the enforcement of foreign judgments for penal damages, it is necessary to draw a distinction between the position at common law and the effects of the Protection of Trading Interests Act 1980.

---

<sup>19</sup> *Tolstoy v United Kingdom* (case 8/1994/455/536, 13 July 1995).

<sup>20</sup> Courts and Legal Services Act 1990, s. 8(2).

<sup>21</sup> *John v MGN, The Times* 14 December 1995, Court of Appeal.

The Position at Common Law

There is a well established rule of the common law that foreign penal laws will not be enforced in England. This applies not only to the direct enforcement of penal laws, but also to the enforcement of a foreign judgment based on such a law. The clearest example is a criminal provision - a foreign judgment imposing a fine in criminal proceedings would not be enforced in England - but the concept extends further than this.

The leading case is Huntington v. Attrill,<sup>22</sup> a decision of the Privy Council on appeal from Ontario. The case concerned a law of the state of New York which provided that if a report or certificate concerning a company was false in any material representation, any officer of the company who signed it would be personally liable for the debts of the company contracted while he was an officer. Attrill had been an officer of a New York company and he had signed a certificate which falsely represented that the whole capital of the company had been paid in cash. Huntington, a creditor of the company, sued Attrill in New York for a debt owed by the company. Judgment was given against Attrill for over \$100,000. Huntington was unable to enforce the judgment in New York and he brought proceedings on it in Ontario. Attrill claimed that the judgment should not be enforced because it was penal.

---

<sup>22</sup> [1893] AC 150.

This claim was rejected by the Privy Council. It held, first, that the characterisation of a foreign law as penal is a matter for the lex fori, though the court would take into account the relevant provisions of the foreign legal system. It set out the general principle as being that "crimes, including in that term all breaches of public law punishable by pecuniary mulct or otherwise, at the instance of the State Government, or of some one representing the public" are punishable only in the country where they are committed. According to the Privy Council, the crucial distinction is between penalties "exigible by the State in the interest of the Community" and penalties claimed "by private persons in their own interest". Only the former are barred from recognition internationally. These include "all suits in favour of the State for the recovery of pecuniary penalties for any violation of statutes for the protection of its revenues or other municipal laws, and to all judgments for such penalties".

Applying these principles to the case at hand, the Privy Council ruled that the New York statute, though penal in one sense, was not of such a nature as to preclude the recognition and enforcement in other countries of judgments based on it. The New York judgment was therefore enforced in Ontario.

In Huntington v. Attrill the plaintiff was claiming no more than was due to him. What made the situation unusual was

## ANNEX V

that he was claiming it against a person who would not normally be liable. In the case of punitive damages, on the other hand, the plaintiff is claiming more than mere compensation, but he is claiming it against the person who would normally be liable. In spite of this difference, the principle laid down in Huntington v. Attrill means that a judgment awarding such damages would be recognised under the common law.

The only English case in which the question arose is SA Consortium General Textiles v. Sun & Sand Agencies Ltd.<sup>23</sup> In this case, a French company had sold goods to an English company and the latter had not paid for them. The French company obtained a judgment from a French court for the price of the goods plus Fr. 10,000 for résistance abusive. When proceedings were brought to enforce the judgment in England under the Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933, it was argued that this sum constituted punitive damages and was therefore a "penalty" within the terms of section 1(2)(b) of the Act or was contrary to public policy under section 4(1)(a)(v). Consequently, it was said, the judgment ought not to be enforced as regards that amount. In answer to this, Lord Denning MR said:

I cannot accept this view. The word "penalty" in the 1933 Act means, I think, a sum payable to the state by way of punishment and not a sum payable to a private individual, even though it is payable by way of exemplary damages. Likewise I see nothing contrary

---

<sup>23</sup> [1978] QB 279; [1978] 2 WLR 1; [1978] 2 All ER 339.

to English public policy in enforcing a claim for exemplary damages ...

However, Lord Denning went on to say that he did not regard damages for résistance abusive as being exemplary, but rather as compensating the plaintiff for lost cash flow and other matters, a view in which the other members of the court concurred. The statement quoted above must, therefore, be regarded as obiter, but it is nevertheless of significance. In reliance on this dictum, the editors of Dicey and Morris, The Conflict of Laws<sup>24</sup> have taken the view that a foreign judgment for punitive damages will be enforced in England.<sup>25</sup>

Multiple damages under United States antitrust law pose special problems. Whether a judgment for treble damages under US legislation would have been enforced in England under the common law is uncertain. The editors of Dicey and Morris suggest that it might not.<sup>26</sup> However, in Huntington v. Attrill the Privy Council said:

[S]tatutes for the regulation of trade and trading companies are presumably enacted in the interest and for the benefit of the community at large; and persons who violate these provisions are, in a certain sense, offenders against the State law, as well as against individuals who may be injured by their misconduct. But foreign tribunals do not regard the violations of statute law as offences against the State, unless their vindication rests with the State itself, or with the community which it represents.

---

<sup>24</sup> 12th ed. 1993.

<sup>25</sup> See pp. 101 and 463. See also Cheshire and North, *Private International Law* (12th ed. 1992), pp. 379-380.

<sup>26</sup> *Ibid.*

## ANNEX V

Penalties may be attached to them, but that circumstance will not bring them within the rule, except in cases where these penalties are recoverable at the instance of the State, or of an official duly authorized to prosecute on its behalf, or of a member of the public in the character of a common informer.

This statement might cover antitrust actions; however, it could not have been made with them in mind: Huntington v. Attrill was decided in 1893 and, though the Sherman Act was passed in 1890, provision for treble damages was made only in 1914.

### The Protection of Trading Interests Act

Whatever the position under the common law may be, the enforcement of judgments for multiple damages is prohibited by statute. Section 5 of the Protection of Trading Interests Act 1980 prohibits absolutely the enforcement of foreign judgments for multiple damages both under common law and under the two statutes for the enforcement of foreign judgments - Part II of the Administration of Justice Act 1920 and Part I of the Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933. A judgment for multiple damages is defined as "a judgment for an amount arrived at by doubling, trebling or otherwise multiplying a sum assessed as compensation for the loss or damage sustained by the person in whose favour the judgment is given."

Section 5 applies to the whole of the judgment, not just the non-compensatory part. Section 6, on the other hand, applies only to the non-compensatory part. It applies only in specified circumstances, but, where it applies, it allows a person who has paid a sum of money under a foreign judgment for multiple damages to bring proceedings in the courts of the United Kingdom to reclaim the non-compensatory part from the person to whom it was made.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> For fuller discussion of the Protection of Trading Interests Act, see Dicey & Morris, *op. cit. supra*, pp.547-549.

