

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ODA

[Traduction]

J'ai voté en faveur de l'arrêt parce que j'ai conclu que l'Italie n'a commis de violation ni du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948, ni de l'accord complémentaire de 1951 et que la demande d'indemnisation que les Etats-Unis d'Amérique fondent sur l'allégation d'une telle violation doit par conséquent être rejetée. Je suis parvenu cependant à cette conclusion pour des raisons qui ne coïncident pas entièrement avec celles sur lesquelles repose l'arrêt de la Chambre et je crois opportun d'exposer mes vues personnelles.

I

Les recours qui ont été exercés entre 1968 et 1975 devant le préfet de Palerme et les tribunaux italiens, à trois niveaux différents (du tribunal de Palerme à la Cour de cassation), afin de contester l'ordonnance de réquisition que le maire de Palerme avait prise le 1^{er} avril 1968, l'ont été par l'ELSI puis par le syndic de faillite, et *non* par Raytheon et Machlett en qualité d'actionnaires (voir arrêt, par. 41-43). Dans ces recours c'était donc ladite société — et *non* ses actionnaires — qui alléguait que ses droits avaient été violés par des actes des autorités italiennes dirigés contre elle.

Malgré tout, le Gouvernement des Etats-Unis a commencé, en février 1974, à négocier avec le Gouvernement italien en vue d'obtenir la protection de Raytheon et Machlett (sociétés des Etats-Unis) en tant qu'actionnaires, et *non* de l'ELSI (société italienne) (voir arrêt, par. 46). C'est après avoir pris fait et cause pour les actionnaires, Raytheon et Machlett, que le Gouvernement des Etats-Unis a introduit devant la Cour internationale de Justice la présente instance contre le Gouvernement italien (voir conclusions des Etats-Unis, arrêt, par. 10-11). Il *n'a pas* pris fait et cause pour l'ELSI.

II

La notion même de société par actions implique une distinction entre entité sociale et actionnaires. La caractéristique d'une société anonyme, particulièrement du point de vue du statut des actionnaires, a été si clairement exposée dans l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête)* qu'il convient de citer certains passages de cette décision :

«41. ... C'est sur une stricte distinction entre deux entités séparées, la société et l'actionnaire, chacune dotée d'un ensemble de droits distincts, que repose la notion de société anonyme et que se fonde sa structure. La séparation des patrimoines de la société et de l'actionnaire est une manifestation importante de cette distinction. Tant que la société subsiste, l'actionnaire n'a aucun droit à l'actif social.

42. Une des caractéristiques essentielles de la structure de la société anonyme est que la société est la seule à pouvoir agir, par l'intermédiaire de ses administrateurs ou de sa direction intervenant en son nom, pour toute question de caractère social. Cela s'explique fondamentalement par l'idée qu'en défendant ses propres intérêts la société sert aussi ceux des actionnaires. Normalement aucun des actionnaires ne peut intenter une action isolément, que ce soit au nom de la société ou en son nom propre ... [L]es droits des actionnaires à l'égard de la société et de ses biens restent limités, ce qui est d'ailleurs un corollaire du caractère limité de leur responsabilité.

43. ... [Un actionnaire] doit de toute manière prendre en considération le risque d'une baisse des dividendes, d'une dépréciation du capital ou même d'une perte, entraînées par les aléas commerciaux ordinaires ou par un préjudice que subirait la société du fait d'un traitement illicite.

44. Bien que la société ait une personnalité morale distincte, un dommage qui lui est causé atteint souvent ses actionnaires. Mais le simple fait que la société et l'actionnaire subissent l'un et l'autre un dommage n'implique pas que tous deux aient le droit de demander réparation. ... [L]a victime est atteinte dans ses intérêts sans aucun doute, mais non dans ses droits. Ainsi, chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus car, bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés.

50. ... C'est à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions ... que le droit international se réfère. Quand elle fait appel à ces règles, la Cour ne saurait les modifier et encore moins les déformer. » (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, 35 et 37.)

Les droits dont les actionnaires disposent concrètement restent limités à la répartition des bénéfices de la société et, en cas de liquidation, à la répartition de ce qui reste de son patrimoine. Les actionnaires peuvent protéger ces droits en exerçant leur droit de vote aux assemblées générales et en prenant ainsi part à la gestion et à la marche de la société. Les droits des actionnaires à l'égard de la société et de ses biens sont effectivement limités, ce qui est un corollaire de leur responsabilité limitée.

En Italie, le droit des sociétés est conforme à ces principes généraux

(Code civil italien (*Codice civile*), art. 2350 et 2351) et il en va de même du droit des sociétés d'autres pays (voir République fédérale d'Allemagne : loi sur les sociétés (*Aktiengesetz*), art. 12, 58 (4) et 271 ; France : loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, art. 174, 347 et 417 ; Japon : Code de commerce (*Shoho*), art. 241, 293 et 425 ; Suisse : Code des obligations, art. 660 et 692).

Comme la Cour l'a expliqué en 1970, de tels droits — qui ont reçu le nom de « droits propres » (« *direct rights* ») des actionnaires — n'impliquent pas un droit d'agir pour le compte de la personne morale. Au contraire ils constituent plutôt des droits vis-à-vis de celle-ci. C'est à ce dernier titre qu'ils sont protégés par le droit interne. Si la société ou sa direction ne respecte pas un de ces droits, les actionnaires sont fondés à exercer certains recours contre la société. Des voies de droit sont aussi ouvertes en cas d'ingérence des pouvoirs publics dans ces droits. En d'autres termes, les actionnaires peuvent intenter action devant les tribunaux internes s'il y a violation de leurs « droits propres » d'actionnaires, par exemple si leur droit à une part des bénéfices de la société ou leur droit de participer aux assemblées générales ne leur est pas reconnu. Un autre passage pertinent de l'arrêt susmentionné peut être cité :

« 47. La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant. ... Il convient toutefois de distinguer entre une atteinte directe aux droits des actionnaires et les difficultés ou pertes financières auxquelles ils peuvent se trouver exposés en raison de la situation de la société. » (*C.I.J. Recueil, 1970, p. 36*).

Or aucune atteinte à l'un quelconque de ces droits n'a été alléguée à propos des événements qui se sont déroulés en Sicile en 1968.

Si l'on envisage la question sous un angle légèrement différent, on dira que, quand les actionnaires approuvent une certaine politique lors de leurs assemblées, la responsabilité de sa mise en œuvre incombe à la société. Celle-ci est responsable devant les actionnaires de tout manquement à cet égard, mais les actionnaires ne peuvent faire valoir de droits qu'envers la société. En conséquence, s'il apparaît que cette politique a été contrecarrée par le fait controversé d'un tiers, on peut estimer que les droits de la société — mais non les « droits propres des actionnaires » — ont été violés. Il s'ensuit que les actionnaires n'ont pas qualité pour agir contre le tiers en question.

*

Ce principe général de droit relatif aux droits ou au statut des actionnaires, sur lequel repose le droit des sociétés non seulement en Italie, mais aussi dans plusieurs autres pays de droit civil, ne saurait être modifié par un traité destiné à protéger les investissements, à moins que ce traité ne contienne une disposition expresse à cet effet. Il faut donc se demander si, par la voie du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 ou de l'accord complémentaire de 1951, l'Italie et les Etats-Unis sont convenus de modifier un tel principe général de droit ou d'accorder des droits supplémentaires aux actionnaires étrangers. On voit mal comment répondre à cette question par l'affirmative.

Le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 et l'accord complémentaire de 1951 garantissent certains droits aux sociétés américaines déployant leurs activités en Italie (et vice versa). Ces droits, auxquels les Etats-Unis se réfèrent dans certains passages de leur mémoire et de leur réplique, qu'ils consacrent au statut des sociétés américaines, sont exhaustivement énumérés ci-après :

- a) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] ... jouiront, sur toute l'étendue [de l'Italie], ... des droits et privilèges relatifs à la constitution de sociétés ... de [l'Italie] et à la participation auxdites sociétés... » (Art. III, par. 1, première phrase.)
- b) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] ... seront autorisé[e]s, en conformité des lois et règlements applicables [en Italie], à constituer, contrôler et gérer des sociétés ... de [l'Italie] en vue de poursuivre des activités touchant la fabrication ou la transformation industrielles, ou des activités ... commerciales... » (Art. III, par. 2, première phrase.)
- c) « Les [sociétés des Etats-Unis] bénéficieront [en Italie], de la protection et de la sécurité les plus constantes pour ... leurs biens, et [elles] jouiront entièrement, à cet égard, de la protection et de la sécurité exigées par le droit international. » (Art. V, par. 1, première phrase.)
- d) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] ne pourront être privé[e]s de leurs biens [en Italie] qu'après une procédure conforme au droit et moyennant le paiement rapide d'une indemnité réelle et équitable. » (Art. V, par. 2, première phrase.)
- d') « Les dispositions [visées à l'alinéa d) ci-dessus] ... qui prévoient le paiement d'une indemnité s'appliqueront aux droits que des ... sociétés [des Etats-Unis] possèdent directement ou indirectement sur des biens qui sont expropriés [en Italie]. » (Protocole, par. 1.)
- e) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] qui se conforment aux lois et règlements en vigueur auront droit ... [en Italie] à protection et à sécurité en ce qui concerne les questions mentionnées aux [alinéas c) et d) ci-dessus]; cette protection et cette sécurité ne devront pas être inférieures à celles qui sont ou seront accordées aux ... sociétés ... de [l'Italie] ni à celles qui sont ou seront accor-

dées aux ... sociétés ... d'un pays tiers.» (Art. V, par. 3, première phrase.)

- f) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] pourront [en Italie] acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens selon les modalités suivantes... » (Art. VII, par. 1.)
- g) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] ne seront pas soumis[es] [en Italie] à des mesures arbitraires ou discriminatoires ayant notamment pour effet : a) de les empêcher de diriger et de gérer effectivement des entreprises qu'[elles] ont été autorisé[s] à créer ou à acquérir; ou b) de porter préjudice aux autres droits et intérêts qu'[elles] ont légitimement acquis dans ces entreprises ou dans les investissements qu'[elles] ont effectués ... [L'Italie] s'engage à ne pas faire de discrimination contre les ... sociétés [des Etats-Unis] en ce qui concerne l'obtention, dans des conditions normales, des capitaux, des procédés de fabrication et des connaissances pratiques et techniques dont [elles] peuvent avoir besoin aux fins du développement économique. » (Accord complémentaire, art. I.)

En réalité, l'attribution de ces droits à des sociétés étrangères n'est pas propre au traité de 1948 entre l'Italie et les Etats-Unis : des dispositions semblables figurent (bien qu'avec quelques variantes) dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation que les Etats-Unis ont conclus successivement avec d'autres pays pendant la période d'après-guerre. (Le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 avec l'Italie était le deuxième de ces traités ; il a été précédé par le traité conclu avec la Chine (1946) et suivi par les traités conclus avec l'Irlande (1950), la Grèce, Israël et le Danemark (1951), le Japon (1953), la République fédérale d'Allemagne (1954), l'Iran (1955), les Pays-Bas et la République de Corée (1956), et d'autres.)

*

Mon interprétation de ces dispositions diffère sensiblement de celle qu'en donne la Chambre dans son arrêt.

Premièrement, aux termes des premières phrases des paragraphes 1 et 2 de l'article III du traité de 1948, les ressortissants (les sociétés) des Etats-Unis sont assurés de jouir des « droits et privilèges relatifs à la constitution de sociétés » de l'Italie « et à la participation auxdites sociétés » et ils obtiennent le droit de « constituer, contrôler et gérer des sociétés » en Italie. (Comparer, par exemple, avec les traités suivants : *Danemark - Etats-Unis*, art. VII, par. 2, art. VIII, par. 1 ; *Japon - Etats-Unis*, art. VII, par. 1 ; *République fédérale d'Allemagne - Etats-Unis*, art. VII, par. 1 ; *Pays-Bas - Etats-Unis*, art. VII, par. 1.) Certes, Raytheon et Machlett pouvaient, en Italie, « constituer, contrôler et gérer » des sociétés desquelles elles détenaient 100 pour cent des actions — comme dans le cas de l'ELSI — mais cela ne saurait signifier que ces sociétés des Etats-Unis, en tant qu'actionnaires de l'ELSI, puissent revendiquer d'autres droits que les droits d'actionnaires

que leur garantissent tant la loi italienne que les principes généraux de droit concernant les sociétés. Les droits de Raytheon et Machlett en tant qu'actionnaires de l'ELSI sont restés les mêmes et n'ont pas été augmentés par le traité de 1948. Les droits de ce genre dont Raytheon et Machlett ont pu jouir en vertu du traité n'ont pas été violés par l'ordonnance de réquisition puisque celle-ci n'a pas porté atteinte aux « droits propres » desdites sociétés américaines en tant qu'actionnaires d'une société italienne, mais qu'elle s'adressait à cette société italienne dont elles restaient actionnaires.

Deuxièmement, les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 (seconde phrase) de l'article V du traité de 1948 relatives aux biens des sociétés, ainsi que du paragraphe 1 du protocole, qui précise le paragraphe 2 de l'article V du traité (comparer, par exemple, avec les traités suivants : *Danemark - Etats-Unis*, art. VI, par. 1, 3 et 5, et protocole, par. 2; *Japon - Etats-Unis*, art. VI, par. 1, 3 et 4, et protocole, par. 2; *République fédérale d'Allemagne - Etats-Unis*, art. V, par. 1, 4 et 5, et protocole, par. 5; *Pays-Bas - Etats-Unis*, art. VI, par. 1, 4 et 5, et protocole, par. 6), ne sauraient non plus être considérées comme donnant aux actionnaires étrangers un titre sur des « biens » (« *beni* » dans le texte italien), c'est-à-dire la propriété des avoirs de la société ou de la société elle-même, ou des « droits ... sur des biens » (« *diritti ... su beni* » dans le texte italien).

Troisièmement, les dispositions du paragraphe 1 de l'article VII du traité de 1948 (comparer, par exemple, avec les traités suivants : *Danemark - Etats-Unis*, art. IX, par. 3, 4 et 5; *Japon - Etats-Unis*, art. IX, par. 2; *République fédérale d'Allemagne - Etats-Unis*, art. IX, par. 2; *Pays-Bas - Etats-Unis*, art. IX, par. 2) ne sauraient être interprétées comme accordant à des actionnaires étrangers le droit d'« acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens » (« *beni immobili o ... altri diritti reali* » dans le texte italien), car seule une société dispose de ce droit.

Enfin, les dispositions de l'article premier de l'accord complémentaire n'accordent aux actionnaires étrangers aucune protection spéciale contre le pays hôte. C'est la société, et *non* les actionnaires, qui est protégée contre toutes mesures « arbitraires ou discriminatoires » du pays hôte (comparer, par exemple, avec les traités suivants : *Danemark - Etats-Unis*, art. VI, par. 4; *Japon - Etats-Unis*, art. V, par. 1; *République fédérale d'Allemagne - Etats-Unis*, art. V, par. 3; *Pays-Bas - Etats-Unis*, art. VI, par. 3). En fait, quelles que soient les mesures qu'il a pu sembler nécessaire de prendre au moyen de l'ordonnance de réquisition du maire de Palerme, le 1^{er} avril 1968, c'est la société ELSI, et *non* ses actionnaires, Raytheon et Machlett, qui s'est trouvée soumise aux mesures prétendument « arbitraires ou discriminatoires » des autorités italiennes.

Peut-on présumer que l'un quelconque des droits garantis aux sociétés des Etats-Unis par le traité de 1948 (droits qui sont abondamment exposés aux paragraphes 64 à 135 de l'arrêt) intéresse les droits de Raytheon et Machlett en tant qu'actionnaires de l'ELSI? Le traité garantit le droit des sociétés des Etats-Unis de détenir jusqu'à 100 pour cent du capital d'une société italienne. Il n'y a néanmoins aucune raison d'interpréter le traité

de 1948 comme ayant accordé aux ressortissants ou sociétés de l'un des Etats parties possédant des actions d'une société de l'autre Etat partie des droits autres que ceux dont ces actionnaires auraient été titulaires en vertu du droit italien et des principes généraux du droit des sociétés.

III

Dans la présente affaire, le vrai problème concerne l'ELSI, en tant que société italienne contrôlée par des sociétés américaines (Raytheon et Machlett) ou en tant qu'entreprise située en Italie et dans laquelle ces sociétés américaines avaient un intérêt important. Si le but du traité de 1948 est de protéger les investissements des ressortissants de l'un des Etats parties sur le territoire de l'autre, les dispositions énumérées ci-dessus ne permettent pas d'atteindre ce but. Ce traité contient cependant certaines dispositions tout spécialement destinées à protéger les intérêts des sociétés américaines qui possèdent des actions ou ont un intérêt important dans une société ou entreprise italienne, autrement dit, en l'occurrence, les intérêts de Raytheon et Machlett (sociétés américaines) en tant qu'actionnaires de l'ELSI (société italienne):

- a) « Les sociétés [italiennes] qui ont été constituées par des ... sociétés ... [des Etats-Unis] ou dans lesquelles ceux-ci ont des intérêts, conformément aux droits et privilèges énumérés dans le présent paragraphe, et qui sont contrôlées par [lesdites] ... sociétés ... seront autorisées à exercer les activités pour lesquelles elles ont été créées et constituées, en se conformant aux lois et règlements applicables, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés ... qui ont été constituées d'une manière analogue par des ... sociétés ... d'un pays tiers. » (Art. III, par. 1, seconde phrase.)
- b) « Les sociétés [italiennes] ... contrôlées par des ... sociétés [des Etats-Unis] et qui sont créées ou constituées conformément aux lois et règlements en vigueur [en Italie] seront autorisées à y exercer [d]es activités [touchant la fabrication industrielle ou commerciale] en se conformant aux lois et règlements en vigueur, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés [italiennes] qui sont contrôlées par des ... sociétés [italiennes]... » (Art. III, par. 2, seconde phrase.)
- c) « [E]n ce qui concerne les questions relatives à la nationalisation des entreprises privées et au passage de ces entreprises sous le contrôle public, les entreprises [italiennes] dans lesquelles des ... sociétés [des Etats-Unis] ont un intérêt important jouiront, [en Italie], d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé à des entreprises similaires dans lesquelles des ... sociétés [italiennes] ont un intérêt important, et non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux entreprises similaires dans

lesquelles des ... sociétés ... de tout autre pays tiers ont un intérêt important.» (Art. V, par. 3, seconde phrase.)

Ces dispositions ne sont pas propres au traité de 1948, mais figurent aussi dans d'autres traités (comparer, par exemple, avec les traités suivants : *Danemark - Etats-Unis*, art. VI, par. 5, art. VIII, par. 2; *Japon - Etats-Unis*, art. VI, par. 4, art. VII, par. 1 et 4; *République fédérale d'Allemagne - Etats-Unis*, art. V, par. 5, art. VII, par. 1 et 4; *Pays-Bas - Etats-Unis*, art. VI, par. 5, art. VII, par. 1 et 4).

Le paragraphe 1 de l'article III dispose en l'espèce que la société italienne (l'ELSI), c'est-à-dire l'une de celles qui avaient été « instituées » par des sociétés des Etats-Unis (Raytheon et Machlett), ou dans lesquelles celles-ci avaient des « intérêts » et qui étaient « contrôlées » par elles, devait être autorisée à exercer les activités pour lesquelles elle avait été créée et constituée dans des conditions non moins favorables que celles qui étaient ou seraient accordées aux sociétés « constituées » par des sociétés d'un pays tiers, dans lesquelles celles-ci avaient des « intérêts » et qui étaient « contrôlées » par elles.

Dans l'optique de la présente affaire, le paragraphe 2 de l'article III dispose qu'une société italienne (l'ELSI) qui compte parmi les sociétés « contrôlées » par des sociétés des Etats-Unis (Raytheon et Machlett) doit être autorisée à exercer en Italie des activités touchant la fabrication industrielle et des activités commerciales ou autres en se conformant aux lois et règlements en vigueur, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés italiennes contrôlées par des Italiens.

En ce qui concerne les questions relatives à la nationalisation des entreprises privées et au passage de ces entreprises sous le contrôle public, le paragraphe 3 de l'article V dispose qu'une entreprise située en Italie (l'ELSI), dans laquelle des sociétés américaines (Raytheon et Machlett) ont un intérêt important, doit jouir d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux entreprises dans lesquelles des sociétés italiennes ou des sociétés de tout pays tiers ont un intérêt important.

Ce ne sont pas là trois dispositions ordinaires; elles sont destinées à garantir qu'une entreprise telle que l'ELSI puisse bénéficier en Italie de la protection du traité, bien que cette société soit italienne et exerce ses activités dans ce pays. Les Parties ont cependant ignoré ces dispositions au cours de la procédure et l'arrêt y fait à peine référence.

*

C'est un grand privilège de pouvoir monter une entreprise dans un pays autre que le sien. Quand les ressortissants d'un pays sont autorisés à mener des activités ou des opérations commerciales ou industrielles par l'intermédiaire d'entreprises constituées dans un autre pays, ils en retirent des avantages supplémentaires. Mais ces sociétés locales, en tant que personnes morales de ce pays, sont soumises aux lois et règlements locaux; il

arrive donc que des étrangers doivent accepter un certain nombre de restrictions en contrepartie des avantages que présente la possibilité de faire des affaires par l'intermédiaire de telles sociétés locales.

Le traité de 1948 conclu entre l'Italie et les Etats-Unis, comme certains des autres traités d'amitié, de commerce et de navigation susmentionnés, n'en garantit pas moins la sécurité des sociétés locales dans lesquelles des ressortissants de l'autre Etat partie ont investi des fonds, puisqu'il dispose, à la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article III, que ces sociétés doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux sociétés locales « constituées » par des sociétés d'un pays tiers, ou dans lesquelles celles-ci « ont des intérêts » et qui sont « contrôlées » par elles; en vertu de la seconde phrase du paragraphe 2 de l'article III, ces sociétés doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux sociétés locales « contrôlées » par des ressortissants du pays.

De plus, en ce qui concerne les questions relatives à la « nationalisation des entreprises ... et au passage de ces entreprises sous le contrôle public » (seconde phrase du paragraphe 3 de l'article V), le traité garantit aussi spécialement la protection des entreprises dans lesquelles les sociétés de l'autre Etat partie ont un intérêt important. Sur ce point, et à titre d'explication supplémentaire, je ferai observer que le verbe anglais « *to take* », auquel correspond « *espropriare* » dans le texte italien, est rendu par « *enteignen* » dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 entre la République fédérale d'Allemagne et les Etats-Unis, ce qui milite contre l'interprétation selon laquelle l'ordonnance de réquisition du maire de Palerme serait un « *taking* » de biens.

Ces sociétés ou entreprises locales présentent deux caractéristiques : ce sont des sociétés ou entreprises locales et, en même temps, des sociétés qui sont plus particulièrement contrôlées par des ressortissants (ou sociétés) de l'autre Etat partie au traité ou des entreprises dans lesquelles ces ressortissants (ou sociétés) ont un intérêt important. Compte tenu de ces caractéristiques, l'Etat partie sous la législation duquel la société dont il s'agit a été constituée est tenu, envers l'autre Etat partie, de garantir le droit de celle-ci d'exercer les activités pour lesquelles elle a été créée, sur la base du traitement de la nation la plus favorisée, ou le droit de mener ses opérations commerciales sur la base du traitement accordé aux nationaux; l'Etat partie sur le territoire duquel se trouve l'entreprise est tenu envers l'autre Etat partie d'accorder à cette entreprise une protection spéciale dans l'éventualité de son passage sous le contrôle public.

*

On pourrait être amené à se demander si un pays étranger (les Etats-Unis) dont des ressortissants contrôlaient en pratique la société (l'ELSI) du pays hôte (l'Italie), ou avaient un intérêt important dans l'entreprise (l'ELSI) située dans ce pays hôte, pouvait effectivement prendre fait et

cause pour cette société dans un différend avec ce dernier pays. La question est paradoxale.

Je crois cependant que, en se prévalant des secondes phrases du paragraphe 1 de l'article III, du paragraphe 2 de l'article III et du paragraphe 3 de l'article V, du traité de 1948 (dispositions qui ne sont pas propres à ce traité, je le répète), les Etats-Unis auraient fort bien pu prendre fait et cause pour l'ELSI, société italienne, devant le Gouvernement italien. C'est pourquoi j'ai dit que ces dispositions du traité de 1948 ne sont pas « ordinaires » et c'est pourquoi j'estime que la réclamation contre l'Italie n'aurait dû être soumise à la Cour qu'en vertu de ces dispositions, qui sont seules à protéger les intérêts des ressortissants des Etats-Unis (Raytheon et Machlett) en leur qualité d'actionnaires, bien que d'une manière indirecte. Mais les Etats-Unis n'ont pas rédigé leur requête dans ce sens; ils ont au contraire invoqué à maintes reprises des dispositions dépourvues de pertinence.

Pour récapituler, l'ELSI (société italienne) puis son syndic de faillite ont exercé des recours dans l'ordre interne pour contester l'ordonnance de réquisition du maire de Palerme. La société a porté l'affaire devant la juridiction la plus élevée de l'Italie et elle est donc censée avoir épuisé tous les recours internes disponibles. Les Etats-Unis auraient donc pu prendre fait et cause pour l'ELSI en alléguant le « déni de justice » si la décision judiciaire rendue au niveau le plus élevé de l'ordre judiciaire italien avait été jugée « manifestement injuste » dans son application du traité de 1948.

Ni l'ELSI ni son syndic de faillite agissant pour son compte n'ont même invoqué le traité de 1948 dans ces procédures internes. (Pour se justifier de n'avoir pas invoqué le traité de 1948 devant les tribunaux italiens, l'ELSI n'aurait pas pu affirmer que celui-ci n'était pas d'application directe puisque des dispositions légales avaient été adoptées en Italie pour l'appliquer.) Le demandeur n'a pas non plus présenté de moyen de preuve pour établir que, à la suite de l'ordonnance de réquisition du 1^{er} avril 1968, l'ELSI avait reçu, dans l'exercice de ses activités, un traitement moins favorable que toute autre société italienne contrôlée par des ressortissants d'un pays tiers, ou moins favorable que le traitement accordé à toute société italienne contrôlée par des Italiens; à supposer par ailleurs que la présente affaire concerne une entreprise soumise au contrôle public, il est de fait qu'aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que le traitement accordé à l'ELSI était moins favorable que le traitement accordé à toute autre entreprise.

IV

En conclusion, il me semble que, dans la présente affaire, que le demandeur a portée devant la Cour en prenant fait et cause pour Raytheon et Machlett, celui-ci a malheureusement recouru à certains arguments qu'il a fondés sur une conception erronée des dispositions du traité de 1948.

Même si le demandeur avait introduit la présente instance en prenant

fait et cause pour l'ELSI et en faisant application des dispositions appropriées qui garantissaient à l'ELSI le traitement de la nation la plus favorisée ou le traitement accordé aux nationaux, il aurait dû apporter des preuves suffisantes pour établir que l'ELSI avait subi un déni de justice devant les tribunaux italiens, ce qu'il n'a pas fait.

(Signé) Shigeru ODA.
