

## DISSENTING OPINION OF JUDGE SCHWEBEL

The Judgment of the Chamber in my view is sound in two paramount respects which have important implications for the vitality and growth of international law in the areas of its concern.

First, the Judgment applies a rule of reason in its interpretation of the reach of the requirement of the exhaustion of local remedies. It holds not that every possible local remedy must have been exhausted to satisfy the local remedies rule but that, where in substance local remedies have been exhausted, that suffices to meet the requirements of the rule even if it may be that a variation on the pursuit of local remedies in the particular case was not in fact played out. It has of course long been of the essence of the rule of exhaustion of local remedies that local remedies need not be exhausted where there are no effective remedies to exhaust. It may be said that the Chamber has done no more than to reaffirm this established element of the rule. In fact it has reaffirmed it, but in doing so the Judgment makes a contribution to the elucidation of the local remedies rule by indicating that, where the substance of the issues of a case has been definitively litigated in the courts of a State, the rule does not require that those issues also have been litigated by the presentation of every relevant legal argument which any municipal forum might have been able to pass upon, however unlikely in practice the possibilities of reaching another result were. The United States of America submitted that the claims brought by it were admissible since "all reasonable" local remedies had been exhausted; in substance, the Chamber agreed, and rightly so. Its holding thus confines certain prior constructions of the reach of the rule of exhaustion of local remedies to a sensible limit.

Second, the Judgment largely construes the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and Italy in ways which sustain rather than constrain it as an instrument for the protection of the rights of the nationals, corporations and associations of the United States in Italy and the rights of nationals, corporations and associations of Italy in the United States. Arguments were pressed on the Chamber which, if accepted, would have deprived the Treaty of much of its value. In particular, it was maintained that the Treaty was essentially irrelevant to the claims of the United States in this case, since the measures taken by Italy (notably, the requisition of ELSI's plant and equipment) directly affected not nationals or corporations of the United States but an Italian corporation, ELSI, whose shares happened to be owned by United States corporations whose rights as shareholders were largely outside the scope of the protection afforded by the Treaty. The Chamber did not accept this argument. Nor did it accept the contention that the right to organize, control

## OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL

*[Traduction]*

L'arrêt de la Chambre me paraît judicieux sous deux aspects primordiaux qui ont d'importantes conséquences pour la vitalité et le développement du droit international dans les domaines auxquels il se rapporte.

En premier lieu, l'arrêt applique une règle de raison lorsqu'il indique l'extension de ce qui est requis en matière d'épuisement des voies de recours internes. Il dit, non pas qu'il faut avoir épuisé tous les recours internes, mais que lorsqu'en substance les recours internes ont été épuisés cela suffit pour répondre aux exigences de la règle, même s'il se peut qu'en l'espèce telle ou telle voie de recours n'a pas en fait été utilisée. Depuis longtemps, bien entendu, l'un des aspects essentiels de la règle est qu'on ne peut exiger l'épuisement des recours internes lorsqu'il n'existe pas de recours effectif à épuiser. On pourrait dire que la Chambre n'a fait que réaffirmer cet aspect établi de la règle. Elle l'a réaffirmé en effet, mais de telle sorte que l'arrêt contribue à élucider la règle des recours internes en indiquant que, lorsque les éléments d'une affaire ont été nettement examinés au fond par les tribunaux d'un Etat, la règle n'exige pas que ces éléments aient aussi fait l'objet d'un débat judiciaire comportant la présentation de tout argument juridique pertinent sur lequel telle ou telle juridiction interne aurait été habilitée à statuer, aussi faible qu'ait pu être en pratique la possibilité d'aboutir à un résultat différent. Les Etats-Unis d'Amérique ont soutenu que leur demande était recevable puisque « tous les recours internes raisonnables » avaient été épuisés; pour l'essentiel, la Chambre a partagé ce point de vue, et à juste titre. Elle a ainsi ramené à de sages limites certaines interprétations antérieures de l'extension de la règle de l'épuisement des recours internes.

En second lieu, dans une large mesure, l'arrêt interprète le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis et l'Italie d'une façon qui le soutient au lieu de le restreindre en tant qu'instrument pour la protection des droits des ressortissants, sociétés et associations des Etats-Unis en Italie et des droits des ressortissants, sociétés et associations de l'Italie aux Etats-Unis. Des arguments ont été présentés avec insistance qui, s'ils avaient été retenus, auraient privé le traité d'une bonne partie de sa valeur. En particulier, on a soutenu que le traité était, pour l'essentiel, sans rapport avec les réclamations des Etats-Unis en l'espèce, parce que les mesures prises par l'Italie (notamment la réquisition de l'usine de l'ELSI et de son équipement) affectaient directement non pas des ressortissants ou des sociétés des Etats-Unis, mais une société italienne, l'ELSI, dont les actions se trouvaient appartenir à des sociétés américaines dont les droits en tant qu'actionnaires étaient, dans une large mesure, hors du champ de la protection assurée par le traité. La Chambre

and manage a corporation was limited to the founding of a company and the election of its directors and did not include its continuing management; nor that the right to control and manage was unaffected by the requisition of that corporation's plant and equipment. Nor did the Chamber find it necessary to take a position on the claim that the terms of the Treaty must be narrowly construed to embrace an expropriation but not a taking (it rather holds that "this question" does not "have to be resolved in the present case"). These and other preclusive constructions of the Treaty for the most part were put aside by the Chamber.

Moreover, the Chamber's Judgment does not impair the principle of "the most constant protection and security for . . . persons and property" which the Treaty prescribes, and the Treaty's provisions for "the prompt payment of just and effective compensation" for the taking of foreign property are left intact. The meaning of "just and effective compensation" put forth by the United States was not questioned. The United States maintained that, when a State deprives a foreign national of property rights in a business enterprise, "compensation should be based on the full value of the business". Normally, the United States pointed out, the value of a business takes into account its future earnings potential, but, in this case, the United States made no claim for future profits since ELSI was not profit-making. Given the fact of ELSI's requisition as long ago as 1968, and the contention of the United States that that requisition prevented ELSI's orderly liquidation, the United States proposed the book value of ELSI as of that time as the measure of its value, while taking care to emphasize that the United States does not in general view book value as a fair measure of the value of an ongoing enterprise, that, indeed, book value is widely rejected as a sufficient measure of the value of a business enterprise. While these principles went unchallenged, Italy maintained not only that ELSI was deprived of no rights under the Treaty but that in any event it was, in view of its condition, worth far less than book value.

In short, the pertinent provisions of the Treaty have been largely interpreted to give them effect rather than to deprive them of effect. The claims of the United States in this case have not been sustained, but that is not because the Chamber has found against the United States on the law of the Treaty; it has found against the United States on the practical and legal significance to be attached to the facts of the case.

I do not share all of the Chamber's findings, particularly in two salient respects. While agreeing with the Chamber's indication that, *prima facie*, the requisition of ELSI's plant appears to have deprived Raytheon and Machlett of their entitlement under Article III of the Treaty to "control

n'a pas retenu cet argument. Elle n'a pas accepté non plus la thèse selon laquelle le droit de constituer, contrôler et gérer une société se limitait à la création de l'entreprise et à l'élection de ses administrateurs et qu'il ne s'appliquait pas à sa gestion courante; la Chambre n'a pas considéré non plus que la réquisition de l'usine de cette entreprise et de son équipement était sans effet sur le droit de la contrôler et de la gérer. Elle n'a pas non plus jugé nécessaire de se prononcer sur la thèse suivant laquelle les termes du traité devaient être interprétés restrictivement, de façon à englober une expropriation et non un *taking*, préférant dire que « cette question ... [ne] doit [pas] être résolue en l'espèce ». Cette interprétation, comme la plupart des autres interprétations restrictives du traité, a été laissée de côté par la Chambre.

En outre, l'arrêt de la Chambre ne porte pas atteinte au principe « de la protection et de la sécurité les plus constantes pour [les] personnes et [les] biens », qui est énoncé dans le traité, non plus qu'aux dispositions qui prévoient « le paiement rapide d'une indemnité réelle et équitable » pour les étrangers privés de leurs biens. Le sens donné aux termes « indemnité réelle et équitable » par les Etats-Unis n'a pas été contesté. Les Etats-Unis ont soutenu que, lorsqu'un Etat prive un ressortissant étranger de droits sur les biens d'une entreprise commerciale, « l'indemnisation devrait être fondée sur la valeur totale de l'entreprise ». Les Etats-Unis ont souligné que, normalement, pour déterminer la valeur d'une entreprise, on tient compte de ses gains potentiels mais, en l'occurrence, ils n'ont pas présenté de demande concernant des bénéfices futurs, puisque l'ELSI ne faisait pas de bénéfices. Etant donné que la réquisition remonte à 1968 et que les Etats-Unis soutiennent qu'elle a empêché la liquidation régulière de la société, ils ont proposé que, pour mesurer la valeur de l'ELSI, on prenne sa valeur comptable à ce moment-là, sans omettre de souligner qu'en général les Etats-Unis ne considèrent pas la valeur comptable comme une juste mesure de la valeur d'une entreprise en activité et qu'en fait la valeur comptable est largement écartée parce qu'elle ne donne pas une mesure suffisante de la valeur d'une entreprise. Ces principes n'ont pas été contestés, mais l'Italie a soutenu non seulement que l'ELSI n'avait été privée d'aucun des droits que lui accordait le traité et qu'en toute hypothèse, étant donné sa situation, sa valeur réelle était très inférieure à sa valeur comptable.

En somme, les dispositions pertinentes du traité ont été dans une large mesure interprétées de manière à leur donner effet plutôt qu'à les priver d'effet. Il n'a pas été fait droit aux revendications des Etats-Unis dans cette affaire, mais ce n'est pas parce que la Chambre s'est prononcée contre les Etats-Unis en ce qui concerne le droit découlant du traité; elle s'est prononcée contre les Etats-Unis à l'égard de la signification pratique et juridique qu'il faut attribuer aux faits de la cause.

Je ne partage pas entièrement l'opinion de la Chambre, en particulier sur deux points importants. La Chambre a raison, à mon sens, d'indiquer que de prime abord la réquisition de l'usine de l'ELSI semble avoir privé Raytheon et Machlett du droit que leur conférait l'article III du traité de

and manage" ELSI, I do not agree with the Chamber's conclusion that nevertheless Article III was not violated because, by the time of the requisition, its rights of control and management no longer existed either because the feasibility of an orderly liquidation of ELSI's assets by ELSI at that time has not been sufficiently established or because ELSI's state of insolvency by then entailed an obligation on ELSI to have petitioned for its bankruptcy. Furthermore, I do not share the Chamber's conclusion that the requisition was not an arbitrary act which violated the provision of Article I of the Treaty's Supplementary Agreement providing that the nationals and corporations of the parties "shall not be subjected to arbitrary . . . measures". I concur in the Chamber's classic concept of what is an arbitrary act in international law, but I disagree with its appraisal of the order of requisition and with its interpretation of the pointed holdings of the Prefect and the Palermo Court of Appeal.

Before explaining why I believe these conclusions of the Chamber to be in error, it may be useful to set out certain broader considerations of the purposes and purport of the FCN Treaty to which the Chamber has in my opinion paid insufficient attention.

#### THE INTEGRAL CHARACTER OF THE TREATY AND ITS SUPPLEMENT

A treaty, in the words of Article 2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, may be embodied "in a single instrument or in two or more related instruments". The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and Italy consists of a treaty, protocol, additional protocol, and exchanges of notes signed on 2 February 1948, which, in the case of the protocols, expressly provide that they "shall be considered as integral parts of said Treaty", as well as an Agreement Supplementing the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and Italy signed on 26 September 1951, which equally provides that it shall "constitute an integral part of the said Treaty . . .".

Because of the content of the customary law of treaties reflected in the quoted provision of the Vienna Convention, because of the express provisions of the treaty instruments just quoted, and because of the meaning of the term "integral", i.e., composed of constituent parts making a whole, it is clear that the FCN Treaty and its Supplementary Agreement must be read together as the integral whole which they are proclaimed to be. The Chamber recognizes this conclusion (though counsel for the Respondent maintained that Italy did not). The Chamber could hardly do otherwise. It itself is a creature of a treaty, its Statute, which, the United Nations Charter provides, "forms an integral part of the present Charter". It would be hard to conceive of an argument that nevertheless the Statute and Charter

« contrôler et gérer » l'ELSI, mais je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Chambre selon laquelle l'article III n'aurait néanmoins pas été violé, pour la raison qu'au moment de la réquisition les droits de contrôle et de gestion de Raytheon et Machlett n'existaient plus, soit parce que la possibilité matérielle, pour l'ELSI, de procéder à l'époque à la liquidation régulière des actifs de la société n'a pas été suffisamment établie, soit parce qu'à ce stade l'ELSI était insolvable et aurait dû par conséquent demander à être mise en faillite. Je ne partage pas non plus l'opinion de la Chambre lorsqu'elle conclut que la réquisition n'était pas un acte arbitraire qui violait la disposition de l'article premier de l'accord complétant le traité aux termes de laquelle les ressortissants et les sociétés des parties contractantes « ne seront pas soumis ... à des mesures arbitraires ». La Chambre a retenu la conception classique de ce qui constitue un acte arbitraire en droit international et cette conception me convient, mais je suis en désaccord avec la manière dont la Chambre apprécie l'ordonnance de réquisition et interprète les déclarations fort sévères du préfet et de la cour d'appel de Palerme.

Avant d'expliquer pourquoi je considère que ces conclusions de la Chambre sont erronées, il ne sera peut-être pas inutile de présenter quelques considérations plus générales sur les fins et la portée du traité de 1948, auxquelles la Chambre n'a pas, à mon avis, prêté assez d'attention.

#### L'INTÉGRATION DE L'ACCORD COMPLÉMENTAIRE DANS LE TRAITÉ

Aux termes de l'article 2 de la convention de Vienne sur le droit des traités, un traité peut être consigné « dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes ». Le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis et l'Italie se compose d'un traité, d'un protocole, d'un protocole additionnel et d'échanges de notes signés le 2 février 1948, qui, dans le cas des protocoles, disposent expressément qu'ils « seront considérés comme faisant partie intégrante du traité », ainsi que d'un accord complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis et l'Italie signé le 26 septembre 1951, lequel dispose également qu'il « constituera ... partie intégrante du traité... »

Etant donné le contenu du droit coutumier relatif aux traités reflété dans la disposition précitée de la convention de Vienne, étant donné les dispositions expresses des instruments précités et étant donné le sens de l'expression « partie intégrante », qui se réfère à un tout, il est clair que le traité de 1948 et l'accord qui le complète doivent être considérés comme formant l'un et l'autre le tout intégré qu'ils sont censés former. La Chambre accepte cette conclusion (bien que le conseil du défendeur ait affirmé que l'Italie ne l'acceptait pas). La Chambre pouvait difficilement faire autrement, puisqu'elle est elle-même née d'un traité, le Statut de la Cour, dont il est dit dans la Charte des Nations Unies, qu'il « fait partie intégrante » de la Charte. On voit mal, dans ces conditions, comment on

are not to be interpreted together, as a single instrument forming an integral whole, and harder still to imagine that the Court could accept such an argument.

#### THE CIRCUMSTANCES AND INTENTIONS OF THE TREATY AND SUPPLEMENT

In its pleadings, Italy relied upon the rules of treaty interpretation set forth in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties as reflective of customary international law, a position which was not questioned by the United States. Article 31 provides that, "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." It provides that "The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, . . . its preamble . . ." It specifies that there shall be taken into account, together with the context, "any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions". And it provides in Article 32 that:

"Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable."

In the current case, the Parties attached radically different interpretations to the provisions of the Treaty and its Supplementary Agreement which were at issue between them. It is undeniable that, when their conflicting arguments are matched together, the meaning of some of the Treaty's provisions are ambiguous or obscure; indeed, each of the Parties maintained that the opposing interpretation led to results which, if not manifestly absurd, were unreasonable. Thus, according to the Vienna Convention, this is a case in which recourse to the preparatory work and circumstances of the Treaty's conclusion was eminently in order.

What were the circumstances of the conclusion of the Supplementary Agreement which forms an integral part of the Treaty itself? And what does the Treaty's preparatory work and processes of ratification demonstrate its purpose, or a paramount purpose of the Treaty, to be and what light do those processes shed on the interpretation to be attached to its provisions?

According to the content of the relevant Italian parliamentary proceed-

pourrait soutenir que le Statut et la Charte ne doivent pas être interprétés ensemble comme un instrument unique formant un tout intégré, et il est plus difficile encore d'imaginer que la Cour puisse accepter un tel argument.

#### LE TRAITÉ ET L'ACCORD COMPLÉMENTAIRE : LES CIRCONSTANCES ET LES INTENTIONS

Dans ses exposés, l'Italie s'est fondée sur les règles d'interprétation des traités énoncées à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités comme reflétant le droit international coutumier, position qui n'a pas été contestée par les Etats-Unis. L'article 31 dispose qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Le même article précise qu'« aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, [le] préambule... » Il ajoute qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, « de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ». Et l'article 32 dispose que :

« Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »

Dans la présente affaire, les Parties ont interprété de manière radicalement différente les dispositions du traité et de l'accord complémentaire qui les opposent. Il est indéniable que, lorsqu'on confronte leurs arguments, le sens de certaines dispositions du traité apparaît ambigu ou obscur ; chacune des Parties a même soutenu que l'interprétation opposée à la sienne conduisait à des résultats qui étaient, sinon manifestement absurdes, du moins déraisonnables. Dès lors, selon la convention de Vienne susmentionnée, il s'agit d'une affaire où il est tout à fait indiqué de recourir aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

Quelles étaient les circonstances dans lesquelles a été conclu l'accord complémentaire qui fait partie intégrante du traité lui-même ? Quel est, d'après les travaux préparatoires et les procédures de ratification, le but, ou un but essentiel, du traité et en quoi ces procédures éclairent-elles l'interprétation qu'il faut donner à ses dispositions ?

D'après les travaux parlementaires italiens pertinents qui ont été portés

ings placed before the Chamber — proceedings which contain authentic evidence of the intentions of the Parties in concluding the Treaty and its Supplementary Agreement — Italy proposed conclusion of the Supplementary Agreement in order to meet the ascertained requirements of American investors for capital investment in Italy. The Italian Official Gazette reports, in respect of a Bill for the Ratification and Implementation of the Supplementary Agreement, that the purpose of the Agreement was to encourage “inflows of private capital investment into Italy” and “to create a situation in which foreign investment is secure . . .” (Counter-Memorial of Italy, Annexes, Doc. 9, pp. 1, 2.) It continues:

“And since ‘foreign investment’ today means, above all, investment from the United States, we deemed it advisable to remove any obstacle to the inflow of private American capital by concluding a special agreement . . . we now have a much clearer idea of what American investors are looking for, and realize the need for a special treaty . . .” (*Ibid.*, p. 3.)

The report continues that the needs of American investors include:

“protection of the rights of the American companies . . . in the companies in which they invest; possibility of repatriating invested capital . . . guarantees against discrimination; guarantees against political risks; . . .” (*ibid.*, p. 4).

“What was therefore required was to guarantee the American investors of any of the aforementioned conditions not already guaranteed, as far as possible, while at the same time protecting Italian interests, above all by . . . obtaining direct, long-term as opposed to speculative, productive investment.” (*Ibid.*)

The Supplementary Agreement furthermore was intended “to offer investors the maximum freedom of choice in respect of the companies . . . in which they have a financial holding . . .” (*ibid.*, p. 6).

In the debate in the Chamber of Deputies on ratification of the Supplementary Agreement, the spokesman of the Government observed that the first part of that Agreement “is certainly the most important” in referring *inter alia* to investors’ “free transfer of capital . . . and their freedom to manage the companies which these natural or legal persons establish or procure” (*ibid.*, Doc. 11, pp. 20-21). One of the forms of American investment which the Agreement was designed to foster is “setting up an industrial plant in Italy under the direct control of the American parent companies . . .” (*ibid.*, p. 24).

The Report to the Senate of Italy summarized the Supplementary Agreement as having the following content:

“The ruling out of any discriminatory treatment or arbitrary measures to the prejudice of citizens, juridical persons, or asso-

à la connaissance de la Chambre — travaux et procédures qui contiennent le témoignage authentique de ce qu'étaient les intentions des Parties quand elles ont conclu le traité et l'accord complémentaire —, l'Italie a proposé la conclusion de l'accord complémentaire afin de répondre à ce que l'on savait être les conditions auxquelles des investisseurs américains seraient prêts à investir en Italie. A propos d'un projet de loi portant ratification et exécution de l'accord complémentaire, le journal officiel italien indique que le but de l'accord est d'encourager « les investissements privés étrangers en Italie » et de « créer une situation où les investissements étrangers soient en sécurité... » (contre-mémoire de l'Italie, annexes, doc. 9, p. 1 et 2). Le texte poursuit :

« Et comme aujourd'hui « investissements étrangers » signifie en premier lieu investissements des Etats-Unis, nous avons jugé souhaitable d'éliminer tous les obstacles à l'afflux de capitaux privés américains en concluant ... un accord spécial... [Ces contacts] ... nous ont permis de nous faire une bien meilleure idée de ce que recherchent les investisseurs américains et de nous rendre compte qu'un traité spécial était nécessaire... » (*Ibid.*, p. 3.)

Le rapport cite ensuite parmi les besoins des investisseurs américains :

« protection des droits des entreprises américaines ... dans les sociétés où elles investissent; possibilité de rapatrier les capitaux investis ... garanties contre la discrimination; garanties contre les risques politiques; ... » (*ibid.*, p. 4).

« Il s'agissait donc de garantir dans notre pays aux investisseurs américains, dans toute la mesure du possible, celles de ces conditions qui ne l'étaient pas déjà, tout en préservant les intérêts italiens, s'agissant surtout ... d'obtenir des investissements directs productifs — et non spéculatifs —, et à long terme. » (*Ibid.*)

L'accord complémentaire avait aussi pour but « d'assurer aux investisseurs la plus grande liberté de choix en ce qui concerne les entreprises ... dans lesquelles ils ont une participation financière... » (*ibid.*, p. 6).

Lors du débat à la Chambre des députés sur la ratification de l'accord complémentaire, le porte-parole du gouvernement a déclaré que la première partie de l'accord était « à coup sûr la plus importante » en ce qu'elle fait notamment référence à « la liberté accordée aux personnes physiques et morales de transférer librement leurs capitaux ... et de gérer les sociétés qu'elles auront créées ou acquises » (*ibid.*, doc. 11, p. 20-21). L'une des formes d'investissement américain que l'accord avait pour but de favoriser était la « création en Italie d'établissements industriels directement contrôlés par les entreprises américaines... » (*ibid.*, p. 24).

Le rapport au Sénat italien résumait le contenu de l'accord complémentaire dans les termes suivants :

« L'exclusion de tout traitement discriminatoire et de toute mesure arbitraire au préjudice des ressortissants, personnes morales ou asso-

ciations of Italy or of the United States which operate within the territory of the other State, the possibility of unobstructed control of enterprises, the most liberal possible treatment assured for the transferability of capital, [and] the fiscal concessions are all principles which, suitably supplementing those contained in the Treaty of Friendship . . . aid the Italian economy [in particular], insofar as they are aimed at favoring the investment of U.S. capital in Italy.” (Memorial of the United States, Annex 89, p. 4.)

The Report of the Secretary of State of the United States which was transmitted to the United States Senate in connection with its advice and consent to ratification of the Supplementary Agreement similarly described the Agreement as containing “amplifications” of the Treaty which, “by rounding out the comprehensive rules governing general economic relations established by that treaty, further encourage private capital investments” (*ibid.*, Annex 88, p. 2).

The truly complementary character of the Supplementary Agreement — the fact that it was designed to “further” encourage investment of private capital which the Treaty as concluded in 1948 was (among other purposes) designed to encourage — was made clear in the process of ratification of that Treaty. Thus the Report of the Committee on Foreign Affairs and Colonies of the Senate of Italy of 28 May 1949 states, in favouring ratification and implementation of the Treaty, that it took account of the Italian economy’s “urgent need of foreign capital investment” (Counter-Memorial of Italy, Annexes, Doc. 7, p. 10). The Report observes that, by its terms, the United States have

“above all attempted to protect themselves . . . against the possible onset of discrimination against their interests and possible exclusions or limitations of activity in the Italian market” (*ibid.*, p. 14).

The Report summarizes the most important initial articles of the Treaty as granting “Full rights . . . to organize, direct, and control companies . . . and to enjoy protection from undue interference . . .” (*Ibid.*, p. 7.) Among the Treaty’s underlying principles, the Report states, is “in any case fair play” (*ibid.*, p. 4).

The Chamber’s Judgment quotes the articles of the Treaty and the Supplementary Agreement at issue between the Parties. It may be added that the Preamble to the Supplementary Agreement speaks not only of the parties’ desire to give “added encouragement to investments of the one country in the other country”, but also speaks of “the contribution which may be made toward this end by amplification of the principles of equitable treatment set forth in the Treaty . . .”. Article III of the Supplementary Agreement further prescribes, “Regarding the transferability of capital invested by . . . corporations of either High Contracting Party in the territories of the other . . . the most liberal treatment practicable.” And Article V provides that:

“there shall be applied to the investments made in Italy the regula-

ciations de l'Italie ou des Etats-Unis qui exercent leurs activités sur le territoire de l'autre Etat, la possibilité de contrôler librement des entreprises, l'application du traitement le plus libéral possible au transfert des capitaux et l'octroi d'avantages fiscaux constituent des principes qui, complétant utilement ceux qui figurent dans le traité d'amitié ..., aident l'économie italienne en particulier dans la mesure où ils ont pour but de favoriser les investissements de capitaux américains en Italie.» (Mémoire des Etats-Unis, annexe 89, p. 4.)

De même, dans le rapport du secrétaire d'Etat des Etats-Unis qui a été transmis au Sénat pour demander l'avis et le consentement de celui-ci aux fins de la ratification de l'accord complémentaire, il était dit que les dispositions de l'accord «élargissent le champ d'application» du traité et que, «en complétant les dispositions très étendues régissant les relations économiques générales établies par ce traité, il encouragera davantage les investissements privés» (*ibid.*, annexe 88, p. 2).

Le caractère vraiment complémentaire de l'accord — le fait qu'il était destiné à encourager «davantage» les investissements privés que le traité, tel qu'il avait été conclu en 1948, avait notamment pour but d'encourager — a été mis en lumière lors de la ratification de ce traité. Ainsi, le rapport de la commission des affaires étrangères et des colonies du Sénat italien en date du 28 mai 1949, favorable à la ratification et à l'exécution du traité, indiquait qu'il était tenu compte des intérêts de l'économie italienne, «qui a besoin d'urgence d'investissements étrangers» (contre-mémoire de l'Italie, annexes, doc. 7, p. 10). Le rapport déclare que, par les dispositions de ce traité, les Etats-Unis ont :

«avant tout, voulu se protéger ... des possibilités de discrimination contre leurs intérêts ainsi que d'éventuelles exclusions ou limitations d'activités sur le marché italien» (*ibid.*, p. 14).

Résumant les premiers articles — les plus importants — du traité, le rapport indique qu'ils garantissent «pleinement le droit ... de constituer, de diriger, de contrôler des sociétés ... ainsi que la protection contre toute ingérence abusive...» (*ibid.*, p. 7). Parmi les principes fondamentaux du traité, le rapport mentionne le « franc jeu dans tous les cas » (*ibid.*, p. 4).

L'arrêt de la Chambre cite les articles du traité et de l'accord complémentaire sur lesquels les Parties sont divisées. On pourrait ajouter que le préambule de l'accord complémentaire parle non seulement du désir des parties «d'encourager davantage les investissements de chacun des deux pays dans l'autre pays», mais mentionne aussi «l'intérêt que peut présenter à cette fin l'extension des principes de traitement équitable énoncés dans le traité...» De plus, «en ce qui concerne le transfert des capitaux investis par ... des sociétés ... de l'une des Hautes Parties contractantes dans les territoires de l'autre...», l'article III de l'accord complémentaire prescrit «le traitement le plus libéral possible». Et l'article V dispose que :

«s'appliqueront aux investissements faits en Italie les règlements

tions covering the special advantages set forth in the fields of taxation, customs and transportation rates, for the industrialization of Southern Italy . . .”.

It should be noted that, in the entire, lengthy, detailed and repeated consideration of the ratification of the Treaty and its Supplementary Agreement by Italy, and its apparently effortless consideration by the United States, no trace of support may be found for the interpretation that the manifold rights so assured to an American investor in Italy and an Italian investor in the United States were conditioned upon investment being made in a corporation of the investor's nationality. On the contrary, it was assumed and indicated that the foreign investor shall enjoy the benefits of the Treaty and its Supplement, whether he invests in a corporation of his or the other party's nationality. Thus the Supplementary Agreement was meant to guaranty the protection “of the rights of American companies . . . in the companies in which they invest”; it was intended to offer investors “the maximum freedom of choice in respect of the companies . . . in which they have a financial holding”; it was designed to provide for investors’ “freedom to manage the companies” which they “establish or procure”, and one of the forms of American investment was to be “setting up an industrial plant in Italy under the direct control of the American parent companies . . .”.

From the terms of the Treaty and its Supplementary Agreement, and in the light of the intent of those terms as that intent is shown by the quoted excerpts from the processes of the ratification of those instruments, it follows that Raytheon, in investing so heavily in ELSI, did so within a treaty framework which entitled it to expect that:

- it (and ELSI) would enjoy “the principles of equitable treatment set forth in the Treaty” (“in any case fair play”);
- it (and ELSI's management) would enjoy “full rights” to organize, to direct, and to control ELSI; i.e., they would enjoy “freedom to manage” ELSI and “unobstructed control” of ELSI and “the maximum freedom of choice” in respect of ELSI;
- it would enjoy “the most liberal treatment practicable” in respect of the repatriation of its invested capital;
- it (and ELSI) would be “guaranteed against political risks”; and
- ELSI would have the benefit of the application to it of the regulations implementing the special advantages respecting taxation, customs and transportation rates for the Mezzogiorno.

#### THE VIOLATION OF RAYTHEON'S RIGHT TO CONTROL AND MANAGE ELSI

The pivot of the Chamber's conclusion that Italy does not stand in violation of Article III of the Treaty is that, at the time of the issuance of the order of requisition, the right to control and manage ELSI was no longer

relatifs aux avantages spéciaux prévus en matière d'imposition, de douane et de tarifs de transport pour l'industrialisation de l'Italie méridionale...»

Il convient de noter que, dans l'ensemble des débats relatifs à la ratification du traité et de l'accord complémentaire, qui furent longs, détaillés et réitérés en Italie et apparemment aisés aux Etats-Unis, on ne trouve aucune trace d'un soutien quelconque à l'interprétation selon laquelle les multiples droits ainsi garantis aux investisseurs américains en Italie et aux investisseurs italiens aux Etats-Unis auraient pour condition que l'investissement soit fait dans une société ayant la nationalité de l'investisseur. Au contraire, il a été admis et indiqué que l'investisseur étranger jouirait des avantages offerts par le traité et par l'accord complémentaire, qu'il investisse dans une société ayant sa nationalité ou celle de l'autre partie. L'accord complémentaire avait donc pour but de garantir la protection « des droits des entreprises américaines ... dans les sociétés où elles investissent »; il était destiné à offrir aux investisseurs « la plus grande liberté de choix en ce qui concerne les entreprises ... dans lesquelles ils ont une participation financière »; il avait pour objet de donner aux investisseurs « la liberté ... de gérer les sociétés qu'ils auront créées ou acquises », et l'une des formes que devaient prendre les investissements américains était la « création en Italie d'établissements industriels directement contrôlés par les entreprises américaines... »

Des termes du traité et de l'accord complémentaire, et à la lumière des intentions des parties telles qu'elles apparaissent dans les textes précités relatifs à la ratification de ces instruments, il ressort qu'en faisant des investissements aussi importants dans l'ELSI, la société Raytheon agissait dans le cadre de relations conventionnelles qui l'autorisaient à penser que :

- elle (et l'ELSI) bénéficieraient des « principes de traitement équitable énoncés dans le traité » (« franc jeu dans tous les cas »);
- elle (et la direction de l'ELSI) auraient « pleinement le droit » de constituer, diriger et contrôler l'ELSI; c'est-à-dire qu'elles jouiraient de « la liberté de gérer » l'ELSI, de la faculté de la « contrôler librement » et de « la plus grande liberté de choix » à l'égard de l'ELSI;
- elle bénéficierait du « traitement le plus libéral possible » pour le rapatriement des capitaux qu'elle aurait investis;
- elle (et l'ELSI) seraient « garanties contre les risques politiques »;
- l'ELSI bénéficierait de l'application des règlements relatifs aux avantages spéciaux prévus en matière d'imposition, de douane et de tarifs de transports pour le Mezzogiorno.

#### LA VIOLATION DU DROIT DE RAYTHEON DE CONTRÔLER ET DE GÉRER L'ELSI

La conclusion de la Chambre selon laquelle l'Italie n'a pas violé l'article III du traité a pour pivot l'idée qu'au moment où l'ordonnance de réquisition a été prise le droit de contrôler et de gérer l'ELSI n'était plus

in the hands of ELSI's directors or shareholders but should have been in the hands of a trustee in bankruptcy. The Chamber is correct in saying that the "core claim" advanced by the United States is that the requisition of ELSI was in breach of the right of Raytheon and Machlett to control and manage ELSI and, as a fundamental incident of such control and management, to liquidate its assets. Is the Chamber equally correct in concluding, because of the practicalities of ELSI's financial situation and the legalities of Italian bankruptcy practice, that Raytheon and Machlett in any event were no longer able, as of the date of the requisition, to exercise control and management of ELSI and thus were deprived of no right by an act that otherwise appears to be in breach of Article III of the Treaty?

I believe that this cardinal conclusion of the Chamber's Judgment is incorrect, for the following reasons:

First, it is clear, and accepted by the Chamber, that ELSI was closely advised at all relevant times both as to its increasingly precarious financial situation and the legal consequences of that situation. It and its shareholders acted not in disregard of accounting and legal advice but in accordance with it. The management and shareholders of ELSI were not advised, before the requisition took place, that ELSI was in a financial or legal state of insolvency and that it was therefore required to petition in bankruptcy or otherwise surrender control and management of ELSI. On the contrary, they were advised that ELSI, having regard to its financial situation and the requirements of Italian law, was entitled, as of March 1968, to engage in a liquidation of its assets, in a process to be managed by ELSI itself. This is of course not a decisive consideration, but it is a relevant consideration.

Second, in point of fact, as of the day of the requisition, 1 April 1968, no legal or practical steps had been taken to withdraw the right of control and management from ELSI's directors or shareholders and place it in other hands. Not only was ELSI apparently not in default; not only had ELSI most deliberately not petitioned for bankruptcy; no creditor or public authority took any step to force it into bankruptcy.

Third, in the months, weeks and days before the requisition, negotiations to prevent or forestall the closing of ELSI's plant and the dismissal of its workforce took place between the officers and shareholders of ELSI, on the one hand, and officials of the Government of Italy and of Sicily on the other. Those negotiations were not casual and routine. On the contrary, intensive negotiations involved not only lesser officials of the Italian Government but very senior officials, including the President of Sicily, Ministers of the central Government, and the Prime Minister of Italy himself. The Government of Italy was emphatically and graphically informed of the financial condition of ELSI and of the decision of its shareholders

entre les mains des administrateurs ou des actionnaires de l'ELSI mais qu'il aurait été entre les mains d'un syndic de faillite. La Chambre a raison de dire que le « grief principal » des Etats-Unis est que la réquisition était contraire au droit de Raytheon et Machlett de contrôler et de gérer l'ELSI et — complément fondamental de ce droit — au droit de liquider ses biens. La Chambre a-t-elle également raison de conclure que, à cause des réalités de la situation financière de l'ELSI et des aspects juridiques de la pratique italienne en matière de faillite, Raytheon et Machlett n'étaient de toute façon plus en mesure, à la date de la réquisition, d'exercer le contrôle et la gestion de l'ELSI et que, par conséquent, elles n'ont été privées d'aucun droit par un acte qui, par ailleurs, apparaissait comme une violation de l'article III du traité?

A mon avis, cette conclusion décisive de l'arrêt de la Chambre est erronée pour les raisons suivantes :

Premièrement, il est clair, et la Chambre l'admet, qu'à tous les moments pertinents l'ELSI a été informée avec précision à la fois de sa situation financière de plus en plus précaire et des conséquences juridiques de cette situation. Loin de négliger les avis qui leur étaient donnés sur le plan comptable et juridique, l'ELSI et ses actionnaires s'y sont conformés. La direction et les actionnaires de l'ELSI n'ont pas été avisés, avant que la réquisition n'ait lieu, que l'entreprise était, au point de vue financier ou juridique, en état d'insolvabilité et qu'elle était par conséquent tenue de demander sa mise en faillite ou d'abandonner de quelque autre manière le contrôle et la gestion de l'ELSI. Au contraire, ils ont été informés que l'ELSI, compte tenu de sa situation financière et des exigences du droit italien, pouvait, en mars 1968, entreprendre la liquidation de ses biens, dans le cadre d'une procédure gérée par l'ELSI elle-même. Cette considération n'est assurément pas décisive, mais elle est importante.

Deuxièmement, c'est un fait qu'au jour de la réquisition, le 1<sup>er</sup> avril 1968, aucune mesure juridique ou pratique n'avait été prise pour ôter aux administrateurs ou aux actionnaires de l'ELSI le droit de contrôler et de gérer la société et pour confier ce droit à quelqu'un d'autre. Non seulement l'ELSI n'était apparemment pas en défaut de paiement, non seulement elle s'était abstenue tout à fait délibérément de demander sa mise en faillite, mais aucun créancier, aucune autorité publique n'avait fait la moindre démarche pour la contraindre à la faillite.

Troisièmement, au cours des mois, des semaines et des jours qui ont précédé la réquisition, des négociations en vue d'éviter ou de retarder la fermeture de l'usine de l'ELSI et le licenciement de son personnel ont eu lieu entre les dirigeants et les actionnaires de l'ELSI d'une part et des représentants du Gouvernement italien et de la région sicilienne d'autre part. Il ne s'agissait pas de négociations occasionnelles et ordinaires mais bien de négociations intensives qui ont eu lieu avec la participation non seulement de fonctionnaires du Gouvernement italien, mais aussi de personnalités de premier plan telles que le président de la région sicilienne, des ministres du gouvernement central et le premier ministre italien lui-

not to invest further capital in its operations. The facts in these regards are summarized in paragraphs 26 to 28 of the Judgment of the Chamber; as the Judgment recounts, Italian authorities nevertheless continued to press ELSI not to close the plant and not to dismiss the workforce as late as 29 March 1968. ELSI was officially warned that, if the plant were to be closed, it would be requisitioned. Even after the requisition of the plant, Italy officially exerted extreme pressure upon ELSI to re-open it, the President of Sicily going so far in a written memorandum as to predict or threaten that liquidation of ELSI would be "absolutely impossible" as long as "the plant is closed". Far from taking the position that ELSI was obligated, by reason of its financial position and the requirements of Italian law, to have petitioned in bankruptcy before the date of the requisition, 1 April 1968, the President of Sicily as late as 19 April 1968 pressed ELSI precisely not to go into bankruptcy. Not only, he warned, would bankruptcy "morally blacken Raytheon's name in Italy and in Europe"; not only would bankruptcy "now" produce for Raytheon "nothing for the assets" and require Raytheon "to pay all the debts"; the Italian banks would force Raytheon eventually to pay ELSI's bank debt and in the meantime would block any foreign exchange permits for transfer of royalties to Raytheon earned by another Italian company in which it had shares, Selenia (Memorial of the United States, Annex 37, pp. 2, 3; Annex 38, pp. 1, 2). On the other hand, if ELSI were to re-open the plant, and if Raytheon were to co-operate with a provisional management company to be organized by IRI and the Region of Sicily, they would be

"ready to help Raytheon in the meantime to liquidate ELSI through a useful sale in the shortest possible time . . . taking into account the fundamental objective of Raytheon which remains after all the liquidation".

The Prime Minister of Italy, the President of Sicily, and the Ministers concerned of the Government of Italy, presumably acted, and surely must be presumed to have acted, in accordance with the law of Italy. They were aware of ELSI's large debts to Italian banks; they had been informed that ELSI had run out of money and consequently was about to close, or had closed, the plant. Far from indicating that ELSI was obliged to petition in bankruptcy or otherwise surrender control and management, far from indicating that the time for liquidation had passed, far from acting in accordance with such an understanding of the facts or of the law of Italy, they pressed its management to keep the plant open, to employ or re-employ the workforce, to maintain or resume production. That is to say, whether the experts on Italian law presented by Italy in this case are right as to the requirements of Italian law, or whether the experts on Italian law presented by the United States in this case are right as to those require-

même. Le Gouvernement italien a été informé de la façon la plus nette et la plus explicite de la situation financière de l'ELSI et de la décision qu'avaient prise ses actionnaires de ne plus investir de capitaux dans ses opérations. Les faits sont résumés aux paragraphes 26 à 28 de l'arrêt de la Chambre; il y est dit que, le 29 mars 1968 encore, les autorités italiennes ont cependant continué à presser l'ELSI de ne pas fermer l'usine et de ne pas licencier la main-d'œuvre. L'ELSI a été officiellement avisée que, si l'usine était fermée, elle serait réquisitionnée. Même après la réquisition, l'Italie a exercé officiellement une pression extrêmement forte sur l'ELSI pour l'amener à rouvrir l'usine, le président de la région sicilienne allant jusqu'à prédire, ou menacer, dans un mémorandum écrit, que la liquidation de l'ELSI serait « absolument impossible » aussi longtemps que « l'usine sera[it] fermée ». Loin d'affirmer que l'ELSI était dans l'obligation, en raison de sa situation financière et des exigences du droit italien, de demander sa mise en faillite avant le 1<sup>er</sup> avril 1968, date de la réquisition, le président de la région sicilienne a demandé avec insistance à l'ELSI, le 19 avril 1968 encore, précisément de ne pas entamer une procédure de faillite. Non seulement, a-t-il averti, une faillite « nuira à la réputation de Raytheon en Italie et en Europe », non seulement Raytheon ne retirerait rien « maintenant » de l'« actif » et Raytheon devra « rembourser toutes les dettes », mais en fin de compte les banques italiennes forceraient Raytheon à rembourser les dettes bancaires de l'ELSI et, en attendant, bloqueraient toute autorisation d'achat de devises pour le transfert à Raytheon de redevances émanant de Selenia, autre société italienne dont Raytheon possède des actions (mémoire des Etats-Unis, annexe 37, p. 2 et 3; annexe 38, p. 1 et 2). Par contre, si l'ELSI rouvrait l'usine, et si Raytheon coopérait avec une société de gestion provisoire qui serait constituée par l'IRI et la région sicilienne, ils seraient

« prêts à aider entre temps Raytheon à liquider l'ELSI grâce à une vente réalisée dans de bonnes conditions et le plus tôt possible ... dans la perspective d'une liquidation, qui reste, après tout, l'objectif fondamental de Raytheon ».

On peut présumer — et il faut d'ailleurs certainement le présumer — que le premier ministre italien, le président de la région sicilienne et lesdits ministres italiens ont agi conformément au droit italien. Ils connaissaient les importantes dettes de l'ELSI envers des banques italiennes; ils avaient été informés que l'ELSI était à court d'argent et, par conséquent, qu'elle était sur le point de fermer, ou avait fermé, l'usine. Loin d'indiquer que l'ELSI était tenue de demander sa mise en faillite ou d'abandonner de quelque autre manière le contrôle et la gestion, loin d'indiquer que le temps de la liquidation était passé, loin d'agir conformément à une telle conception des faits ou du droit italien, ils ont pressé la direction de laisser l'usine ouverte, d'employer le personnel ou de le réembaucher et de maintenir ou de reprendre la production. Autrement dit, que ce soient les spécialistes du droit italien présentés par l'Italie dans la présente affaire qui aient raison au sujet des exigences du droit italien ou que ce soient ceux

ments, it is clear that the “living law” of Italy as of the time of the requisition was inconsistent with the pleading of Italy in the current case and with the acceptance of that plea by the Chamber. Should Italy in 1989 be heard to maintain the opposite of what the highest officials of its Government maintained in 1968? Is the Chamber on sound ground in pivoting its Judgment on such tremulous terrain?

Fourth, not only does the Chamber’s cardinal conclusion conflict with the construction of Italian law by Italy’s most senior officials at the critical time, it is not fully consistent with the holding of the Court of Appeal of Palermo on which the Chamber relies. That Court, as does the Chamber, concluded that ELSI’s bankruptcy was caused not by the requisition but by its prior state of insolvency, finding that “the Company’s state of insolvency was decisive and sufficient cause for its failure (Art. 5, Bankruptcy Law)”. But did the Court of Appeal of Palermo consequently conclude or imply that ELSI or its shareholders did not enjoy the right to control and manage ELSI or enjoy other rights of ownership by reason of its insolvency immediately prior to the Mayor’s intervention and hence were deprived of no such rights by the requisition? Not at all. On the contrary, not only did the Court of Appeal accept that it was “probable that the bankruptcy was requested by the Company itself with the intention of getting out of the very serious situation of operational unavailability created by the requisition”. It held (overturning the lower court in this regard) the appeal:

“to be justified as regards the damages derivable from the operational unavailability of the installation, plant and equipment which are the subject of the requisition order, as a result of the execution of that order”.

It accordingly awarded damages for this incident of the requisition, a requisition which it repeatedly characterized as “unlawful”. There is ample room to question whether those damages were adequate, but that is beside the immediate point, namely, that the reasoning and conclusion of the Court of Appeal of Palermo in this regard appear to be inconsistent with the Chamber’s central reasoning and conclusion. To be sure, the question of depriving ELSI or its shareholders of their right to control and manage ELSI was not the question at issue before the Court of Appeal. The question rather was, what “damages” — and it is significant that the Court employed the very term “damages” (*“danni”*) — were due to ELSI or its representative (the trustee in bankruptcy) by reason of a requisition of its plant and equipment which had been found to be unlawful? The Court of Appeal held that “damages” were due for the period in which the plant and its equipment were not available to ELSI or its representative but were operationally unavailable by reason of the requisition. Thus the Court of Appeal imported that ELSI or its representative continued as of the date of the requisition and thereafter to have possessory rights in

qu'ont présentés les Etats-Unis, il est clair que le « droit positif » qui avait cours en Italie au moment de la réquisition est incompatible avec la thèse soutenue par l'Italie dans la présente affaire et avec l'acceptation de cette thèse par la Chambre. Faudrait-il admettre qu'en 1989 l'Italie soutienne le contraire de ce que les plus hauts représentants de son gouvernement ont soutenu en 1968 ? La Chambre est-elle bien fondée à faire reposer son arrêt sur un terrain aussi mouvant ?

Quatrièmement, non seulement la conclusion essentielle de la Chambre est en conflit avec l'interprétation du droit italien par les plus hauts représentants de l'Italie au moment critique, mais elle n'est pas entièrement compatible avec la conclusion de la cour d'appel de Palerme sur laquelle la Chambre se base. La cour d'appel, comme le fait la Chambre, a conclu que la faillite de l'ELSI a été causée non par la réquisition, mais par l'état d'insolvabilité où la société se trouvait auparavant, déclarant que « l'état d'insolvabilité de la société a été la cause déterminante et suffisante de sa faillite (article 5 de la loi sur la faillite) ». Mais la cour d'appel de Palerme en a-t-elle conclu, même implicitement, que l'ELSI ou ses actionnaires ne jouissaient pas du droit de contrôler et de gérer l'ELSI, ou d'autres droits de propriété, à cause de l'insolvabilité de celle-ci immédiatement avant l'intervention du maire et que, par conséquent, ils n'avaient pas été privés de tels droits par la réquisition ? Nullement. Au contraire, non seulement la cour d'appel a reconnu qu'il était « probable que la société elle-même ait demandé la faillite dans l'intention de sortir de la très grave situation d'indisponibilité créée par la réquisition ». Elle a estimé (donnant tort à cet égard à la juridiction inférieure) que l'appel

« est justifié en ce qui concerne les dommages découlant de l'impossibilité d'utiliser l'usine, ses installations et son équipement qui ont fait l'objet de l'ordonnance de réquisition, à la suite de l'exécution de cette ordonnance ».

La cour a par conséquent accordé des dommages et intérêts pour cette conséquence d'une réquisition qu'elle a à plusieurs reprises qualifiée d'« illicite ». On peut assurément se demander si ces dommages et intérêts étaient suffisants, mais ce qui compte ici, c'est que le raisonnement et la conclusion de la cour d'appel de Palerme à cet égard ne semblent pas compatibles avec l'essentiel du raisonnement et de la conclusion de la Chambre. Certes, ce n'était pas la question de la perte par l'ELSI ou ses actionnaires de leur droit de contrôler et de gérer la société qui était en litige devant la cour d'appel. Il s'agissait plutôt de fixer les « dommages et intérêts » dus à l'ELSI ou à son représentant (le syndic de faillite) — et il est à noter que la cour a précisément employé l'expression « dommages et intérêts » (« *danni* ») — par suite de la réquisition, qui avait été jugée illégitime, de son usine et de son équipement. La cour d'appel a déclaré que des « dommages et intérêts » étaient dus pour la période pendant laquelle l'usine et son équipement n'étaient pas à la disposition de l'ELSI ou de son représentant et ne pouvaient être utilisés à cause de la réquisition. La décision de la cour d'appel implique donc que l'ELSI ou son repré-

ELSI's plant and equipment of which they had been deprived by the requisition despite its finding of ELSI having been insolvent before the requisition took place. If the Court of Appeal saw ELSI as deprived of no right by the requisition because such right had been dissolved by the prior fact of insolvency and its effects in Italian law, how could it have awarded what is described as "damages" deriving from the requisition?

Fifth, not only did the experts called by the Parties differ in their financial analyses and legal conclusions: the experts of Italy differed between themselves. So uncertain was the insolvency of ELSI as of the date of the requisition that the expert on accountancy who testified for Italy maintained that ELSI was then "on the verge of insolvency" — but not insolvent (at least, in practical terms). This was no slip of the tongue. In his prepared statement to the Chamber of the Court, that expert stated that ELSI "was on the verge of insolvency well before the requisition of the plant on 1 April 1968". He was closely questioned on this statement by the Chamber. He maintained that "the company, at 31 March, was on the verge of insolvency". The President of the Chamber persisted: "But I think that the point is this: was it insolvent, or not? Because it is one position to be on the verge of insolvency, and another to be insolvent." Italy's expert replied:

"Insolvency is a situation — in French it is '*cessation de paiements*' — where the company cannot pay its liabilities as they fall due. Now, it can be that a supplier does not press for payment, enabling the company to pay off other suppliers earlier and, therefore, the insolvency situation, while technically the company is insolvent, may be prolonged because of the business life of the company. '*Un état de cessation de paiements*' can exist, but until one has gone to the court and actually declared that the company is insolvent, the company can still continue business — which I think was the case of ELSI."

Italy further introduced into evidence a letter of 9 May 1968 (i.e., after ELSI had filed for bankruptcy) written by the Mayor of Palermo to the Director General of the Nato Hawk Management Office in Paris. In speaking of the "irreplaceable" value of ELSI to Sicily's economic life because of its "equipment, facilities, highly skilled labour, a management staff, domestic and foreign commercial relationships . . .", the Mayor described Raytheon-Elsi's decisions to close the plant and dismiss the workforce as

"more like an extreme effort to exert pressure on the central and regional government organs to get the partnership requested rather

sentant continuaient, à la date de la réquisition et par la suite, à avoir un droit de possession sur l'usine et l'équipement de l'ELSI, dont ils avaient été privés par la réquisition, bien que la Cour jugeât que l'ELSI avait été insolvable avant que la réquisition n'intervienne. Si la cour d'appel considérait que l'ELSI n'avait été privée d'aucun droit par la réquisition — l'insolvabilité de la société et ses effets en droit italien lui ayant fait perdre ses droits —, comment a-t-elle pu accorder ce qu'elle appelle des « dommages et intérêts » au titre de la réquisition ?

Cinquièmement, non seulement il y a divergence entre les analyses financières des experts cités par les Parties et les conclusions auxquelles ils parviennent sur le plan juridique, mais même les experts de l'Italie ne sont pas d'accord entre eux. L'insolvabilité de l'ELSI était si incertaine à la date de la réquisition que l'expert en comptabilité qui a déposé pour l'Italie a maintenu que l'ELSI était « au bord de l'insolvabilité » mais n'était pas insolvable (du moins en pratique). Il ne s'agissait pas d'un lapsus. Dans l'exposé préparé à l'avance qu'il a fait devant la Chambre, cet expert a déclaré que l'ELSI « allait être en état d'insolvabilité bien avant la réquisition de l'usine, le 1<sup>er</sup> avril 1968 ». La Chambre lui a posé des questions précises sur ce point. Il a maintenu que, au 31 mars, « la société allait être en état d'insolvabilité ». Le président de la Chambre a insisté : « Mais je crois que tout est là : était-elle ou non insolvable ? En effet, être sur le point d'être insolvable et être insolvable, ce n'est pas la même chose. » L'expert entendu à la demande de l'Italie a répondu :

« *L'insolvency* — en français, « cessation de paiements » — c'est la situation dans laquelle une société ne peut pas payer ses dettes à l'échéance. Mais il se peut qu'un fournisseur n'insiste pas pour être payé, ce qui permet à la société de s'acquitter d'abord envers d'autres fournisseurs, si bien que l'état d'insolvabilité peut se prolonger — quoique la société soit techniquement insolvable — aux fins des affaires courantes de la société. Il peut y avoir « état de cessation de paiements » mais, tant qu'on ne s'est pas adressé à un tribunal et que la société n'a pas été effectivement déclarée insolvable, elle peut poursuivre ses affaires. Je pense que c'est ce qui est arrivé dans le cas de l'ELSI. »

Une nouvelle pièce déposée par l'Italie est une lettre écrite le 9 mai 1968 (c'est-à-dire après que l'ELSI eut demandé sa mise en faillite) par le maire de Palerme au directeur général du bureau de gestion des systèmes Hawk de l'OTAN à Paris. Il y est question de la valeur « irremplaçable » de l'ELSI pour la vie économique de la Sicile à cause de ce qu'elle représente en fait d'« équipement, installations, main-d'œuvre hautement qualifiée, personnel de gestion et relations commerciales nationales et étrangères... », et le maire précise que les décisions prises par Raytheon-Elsi de fermer l'usine et de licencier le personnel semblent

« procéder davantage d'une dernière tentative de pression sur les organes du gouvernement central et du gouvernement régional pour

than like an absolute need arising from an irreversible corporate situation”

— a statement which is inconsonant not only with Italian counsels’ depreciation of ELSI’s assets but inferentially with the conclusion that ELSI was insolvent in March 1968 and that its bankruptcy was inevitable.

Sixth, and most important, the question of whether ELSI was insolvent as of 1 April 1968 in the last analysis depended upon the policy of its principal shareholder, Raytheon. Raytheon had and has very ample resources relative to those at stake in ELSI. It certainly could have paid all of ELSI’s debts and resolved any question of ELSI’s insolvency. It cannot be maintained that Raytheon’s policy was to pay all of ELSI’s debts. If Raytheon had been prepared to continue to pour capital into ELSI, the question of its liquidation would not have arisen. ELSI’s financial difficulties came to a head when Raytheon informed it that it was no longer prepared to invest capital in ELSI. It is clear, in particular, that Raytheon was not prepared to pay off the principal on loans which had been extended to ELSI which Raytheon had not guaranteed, though it was prepared, and proved to be punctilious in paying in full, the loans to ELSI which it had guaranteed. But that is not at all to say that Raytheon was not ready and willing to advance such further sums as might be required to permit an orderly liquidation of ELSI’s assets.

The United States submitted evidence, which the Chamber accepted, showing that Raytheon had transferred to Italy fresh capital in order to pay off the claims of small creditors. It submitted evidence, which the Chamber has accepted, that Raytheon was prepared to purchase the outstanding accounts receivable of ELSI for 100 per cent of their value; a purchase which would have infused a large sum of cash into ELSI’s virtually empty coffers. It further submitted evidence, which does not appear to have been challenged, that, in March 1968, the plant was operating (in so far as strikes permitted) and ELSI was filling orders and that, after the end of March, ELSI was prepared, even with its skeleton workforce, to complete work-in-progress and outstanding orders and to realize a considerable sum thereby. Most important of all, the United States has vigorously maintained that Raytheon was prepared to advance the resources to ELSI required to maintain a sufficient cash flow so that ELSI would have been enabled to implement an orderly liquidation; and the Chamber has accepted this critical contention.

Italy’s counsel endeavoured to raise doubt about the existence of this last policy decision of Raytheon, and argued that the Applicant’s counsel had presented this contention only at a late stage of the oral proceedings in this case, but not at the outset of them or in its written pleadings, and still less had this critical contention been earlier advanced, as surely it should

obtenir la participation sollicitée que d'un besoin absolu découlant d'une quelconque situation irréversible de la société »

— déclaration qui cadre mal non seulement avec le peu de cas que le conseil de l'Italie a fait de la valeur des actifs de l'ELSI, mais aussi, par conséquent, avec la conclusion que l'ELSI était insolvable en mars 1968 et que sa faillite était inévitable.

Sixièmement, et c'est là ce qui compte le plus, la question de savoir si l'ELSI était insolvable au 1<sup>er</sup> avril 1968 dépendait en dernière analyse de la ligne de conduite adoptée par son principal actionnaire, Raytheon. Les ressources de cette société étaient et demeurent très importantes par rapport à celles qui étaient en jeu dans l'ELSI. Raytheon aurait certainement pu rembourser toutes les dettes de l'ELSI et régler tous ses problèmes d'insolvabilité. On ne peut pas prétendre que la politique arrêtée par Raytheon était de rembourser toutes les dettes de l'ELSI. Si Raytheon avait été disposée à continuer à apporter des capitaux à l'ELSI, la question de sa liquidation ne se serait pas posée. Les difficultés financières de l'ELSI ont atteint un seuil critique lorsque Raytheon l'a informée qu'elle n'entendait plus y investir de nouveaux capitaux. Il est clair, en particulier, que Raytheon n'était pas disposée à rembourser le capital des emprunts consentis à l'ELSI sans la caution de Raytheon, alors qu'elle était prête à rembourser intégralement — et elle l'a fait — les emprunts qui étaient assortis d'une telle caution. Mais cela ne veut pas dire du tout que Raytheon n'ait pas été prête à avancer les sommes supplémentaires nécessaires pour rendre possible une liquidation régulière des biens de l'ELSI et désireuse de les avancer.

Les Etats-Unis ont démontré, et la Chambre l'a admis, que Raytheon avait transféré en Italie de nouveaux fonds pour désintéresser les petits créanciers. Ils ont démontré, et la Chambre l'a admis, que Raytheon était disposée à acheter à 100 pour cent de leur valeur les effets à recouvrer détenus par l'ELSI, ce qui aurait apporté des liquidités considérables dans les coffres pratiquement vides de l'ELSI. Les Etats-Unis ont aussi fourni des moyens de preuve, qui ne semblent pas avoir été contestés, pour établir qu'en mars 1968 l'usine fonctionnait (pour autant que les grèves le permettaient), que l'ELSI exécutait des commandes et que, après la fin de mars, l'ELSI était prête, même avec son personnel réduit, à achever les travaux en cours et à honorer les commandes reçues, ce qui lui aurait permis d'encaisser des paiements importants. Mais les Etats-Unis ont surtout affirmé avec force que Raytheon était prête à avancer à l'ELSI de quoi disposer de liquidités suffisantes pour pouvoir procéder à une liquidation régulière; et la Chambre a admis cette thèse décisive.

Le conseil de l'Italie s'est efforcé de mettre en doute cette attitude délibérée de Raytheon et il a soutenu que le conseil du demandeur n'avait présenté cette thèse qu'à une phase avancée de la procédure orale, qu'il ne l'avait pas présentée au début de celle-ci, ni dans ses écritures et qu'à fortiori ce moyen décisif n'avait pas été présenté plus tôt, comme il n'aurait

have been if it were in fact justified. This argument of Italy was unfounded, for not only had counsel for the United States made this contention early in oral argument but the trustee in bankruptcy had made it some fifteen years before, as is shown by the judgment of the Court of Appeal of Palermo. That Court observed that:

“the appellant’s line of argument is . . . the stockholders of Raytheon-Elsi, having made good for the losses of prior years would also take action to bring about an orderly and favorable liquidation of the Company, thus forestalling bankruptcy, which instead had become necessary as a result of the requisition order by the Mayor” (Memorial of the United States, Annex 81, p. 15).

It is clear that Raytheon’s self-interest called for the adoption and implementation of a policy of providing ELSI with the cash flow required to make an orderly liquidation practicable. For one thing, the spectacle of a Raytheon-owned company going into bankruptcy was one which a leading international corporation of the standing of Raytheon must have wished to avoid — not at all costs clearly, but surely at some cost. Moreover, if the liquidation had been enabled to proceed and succeed by reason of injection of sufficient cash-flow funds, Raytheon not only would have been repaid its fresh advances but would have avoided being called upon to pay at least some and conceivably all of the large loans to ELSI which it had guaranteed. Since rational corporate policy dictated Raytheon’s provision of sufficient cash flow, and since the presumption of the reasonable corporation should apply no less than that of the reasonable man, why does it not follow that, by the provision of cash-flow funds, together with the funds to be realized from Raytheon’s purchase of accounts receivable and otherwise, ELSI would have been in a position to forestall bankruptcy and perhaps to have avoided it altogether?

The Chamber’s Judgment accepts the critical contention that Raytheon would have been prepared to advance cash-flow funds while it nevertheless concludes that, as of the time of the requisition, ELSI was insolvent or, if not, was in any event fast slipping into bankruptcy. Why?

In my view, it reaches this inconsistent conclusion because it muddles time factors and facts.

It is the fact that ELSI, after the requisition, petitioned for bankruptcy, citing the requisition as its cause. That of itself hardly shows that the requisition was the cause of the bankruptcy; the Chamber’s conclusions in this regard are clearly correct. Causation in a case such as this is a complex matter, and the requisition can at most only have been one of a number of causes of ELSI’s bankruptcy (though it may well have been the immediately precipitating factor). But before the requisition, ELSI had not only not regarded itself as insolvent; not only was ELSI not seen or treated by all the authorities of Italy with which it was intensively dealing as being insolvent; not only had ELSI apparently not defaulted in meeting its obligations; but ELSI was actively planning for the sale of its assets. There was some evidence introduced of interest on the part of prospective foreign

sans doute pas manqué de l'être s'il était réellement fondé. Cet argument de l'Italie ne tient pas : non seulement le conseil des Etats-Unis a soutenu cette thèse vers le début de la procédure orale, mais le syndic de faillite l'a défendue une quinzaine d'années plus tôt, comme le montre l'arrêt de la cour d'appel de Palerme. La cour a noté que :

«selon cette thèse [de l'appelant], les actionnaires de Raytheon-Elsi, après avoir compensé les pertes des années précédentes, seraient également intervenus pour procéder à une liquidation régulière et favorable de la société, évitant ainsi la faillite que l'ordonnance de réquisition du maire a au contraire rendue nécessaire» (mémoire des Etats-Unis, annexe 81, p. 15).

Il était manifestement dans l'intérêt de Raytheon d'adopter et d'appliquer une politique consistant à fournir à l'ELSI les liquidités nécessaires pour que la liquidation régulière soit possible. Tout d'abord, l'importante société internationale qu'était Raytheon a dû souhaiter éviter — pas à tout prix certes, mais sans doute au prix de quelques sacrifices — le spectacle d'une de ses filiales réduite à la faillite. En outre, si la liquidation avait été rendue possible et avait réussi grâce à l'apport de liquidités suffisantes, Raytheon non seulement aurait récupéré sa nouvelle mise de fonds, mais elle n'aurait pas eu à rembourser une partie, voire la totalité, des gros emprunts contractés par l'ELSI et cautionnés par elle. Comme toute politique raisonnable devait amener Raytheon à fournir des liquidités suffisantes et comme la présomption du comportement raisonnable devrait s'appliquer aux entreprises autant qu'aux individus, pourquoi l'ELSI n'aurait-elle pas été à même de différer la faillite et peut-être de l'éviter tout à fait grâce aux liquidités fournies par Raytheon et au prix payé par elle pour l'achat d'effets à recouvrer et autres titres ?

L'arrêt de la Chambre accepte l'argument décisif suivant lequel Raytheon aurait été prête à avancer des liquidités, mais conclut malgré tout qu'au moment de la réquisition l'ELSI était insolvable ou, du moins, s'acheminait à grands pas vers la faillite. Pourquoi ?

A mon avis, cette conclusion peu cohérente provient de ce qu'on a mélangé la chronologie et les faits.

Il est de fait que l'ELSI, après la réquisition, a demandé sa mise en faillite en invoquant la réquisition comme cause. Cela ne suffit guère à prouver que la réquisition était bien la cause de la faillite ; sur ce point, la Chambre a manifestement raison. Dans une affaire comme celle-ci, les relations de cause à effet sont fort complexes et la réquisition n'a pu être tout au plus que l'une des causes de la faillite de l'ELSI (encore qu'elle ait très bien pu l'avoir directement déclenchée). Mais avant la réquisition, l'ELSI non seulement ne se considérait pas comme insolvable, non seulement elle n'était pas considérée ou traitée comme insolvable par les autorités italiennes avec lesquelles elle était en pourparlers très actifs, non seulement elle semble n'avoir jamais manqué à ses obligations, mais elle paraissait activement la vente de ses avoirs. Certains éléments de preuve

purchasers. If the requisition had not intervened, and if ELSI's immediate cash-flow requirements actually had been met by Raytheon, thus buying time in order to sell, can it really be held that ELSI would have been forced into bankruptcy, at any rate *when* it was forced into bankruptcy? Surely, or if not surely, then probably, absent the requisition, ELSI would have been able to sell, or contract to sell, some of its assets (in addition to all its accounts receivable, and work-in-progress and inventory); and if it had realized on this ability, ELSI would have received returns which were considerable. Those returns might not have been sufficient to permit ELSI to discharge all of its liabilities as they accrued. But if they turned out not to have been sufficient, and if ELSI at some point had found it necessary to go into bankruptcy, or had been forced into bankruptcy, the losses actually suffered by ELSI and its creditors would have been materially less than they proved to be, and the sums which Raytheon was obliged to pay to ELSI's creditors to whom Raytheon had extended guarantees would have been materially less than they proved to be. This is so not only because such a bankruptcy would have come later than it actually did, absent the triggering factor of the requisition; without the requisition, a trustee in bankruptcy would have had access to the plant and been in a position to sell off its assets months before the actual trustee was able to have such access because of the requisition which blocked access for the six months that it was in force.

Moreover, if the requisition had not intervened and if Raytheon had been permitted to proceed with supplying sufficient cash flow, there would have been incentive for the banks in the time so bought to have reached a settlement with ELSI. For one thing, failure to reach a settlement, if bankruptcy ensued, would, under Italian law, have required the banks to pay back to the trustee in bankruptcy all that ELSI had paid to the banks in the prior year. More than that, it would have made sense for the banks to settle for 40 or 50 per cent of what was due to them than to have precipitated bankruptcy proceedings which eventually produced less than 1 per cent. Arguably the banks believed that, through litigation, they would recover 100 per cent by having Raytheon held responsible for debts of ELSI which Raytheon had not guaranteed. But under Italian law as it then was, such a suit could succeed only if Raytheon could be shown to be ELSI's sole stockholder. Raytheon had never been ELSI's sole stockholder. Until 1967, substantial equity was held by other Italian corporations and, in 1967, when Raytheon bought out that equity, care was taken to ensure that a fraction of the stock was held not by Raytheon but by a company, Machlett, which in turn was owned by Raytheon. Thus the outcome of litigation must have appeared problematical and, in the event, the banks did not succeed in Italian courts in holding Raytheon liable for ELSI's debts.

The Chamber's Judgment concludes that "the possibility" of an orderly

ont été apportés au sujet de l'intérêt manifesté par des acquéreurs étrangers éventuels. Si la réquisition n'avait pas eu lieu et si Raytheon avait effectivement subvenu aux besoins immédiats de liquidités de l'ELSI, ce qui aurait permis de gagner du temps pour vendre, pourrait-on vraiment affirmer que l'ELSI aurait été réduite à la faillite, du moins *au moment* où elle l'a été ? Il est sûr, ou du moins probable, qu'en l'absence de réquisition, l'ELSI aurait pu vendre certains de ses avoirs, ou passer des contrats en vue de leur vente (sans parler de tous ses effets à recouvrer, de l'en-cours et des stocks); et si elle avait profité de cette possibilité l'ELSI aurait eu des rentrées importantes. Ces rentrées ne lui auraient peut-être pas permis de s'acquitter de toutes ses obligations au fur et à mesure qu'elles venaient à échéance. Mais même si elles n'avaient pas été suffisantes et que l'ELSI, à un moment ou à un autre, ait jugé nécessaire de déposer son bilan ou ait été forcée de le déposer, les pertes effectivement subies par elle et par ses créanciers auraient été sensiblement inférieures à ce qu'elles ont été, de même que les sommes que Raytheon aurait eu à rembourser aux créanciers de l'ELSI pour les emprunts cautionnés par elle auraient été nettement moins élevées qu'elles ne l'ont été. Ce n'est pas seulement que la faillite se serait produite plus tard si la réquisition n'avait pas eu pour effet de la déclencher, mais, sans cette réquisition, le syndic qui aurait dirigé la faillite aurait eu accès à l'usine et aurait pu liquider les actifs de l'ELSI plusieurs mois avant la date à laquelle le syndic y a eu effectivement accès, l'usine ayant été inaccessible pendant les six mois qu'a duré la réquisition.

En outre, si la réquisition n'avait pas eu lieu et s'il avait été permis à Raytheon de fournir des liquidités suffisantes, les banques, pendant le temps ainsi gagné, auraient été incitées à rechercher un compromis avec l'ELSI. En l'absence de compromis, le droit italien aurait obligé les banques, en cas de faillite, à rembourser au syndic tout ce qu'elles avaient reçu de l'ELSI depuis un an. Qui plus est, il aurait été dans l'intérêt des banques de se contenter de 40 ou 50 pour cent de leurs créances plutôt que de n'obtenir finalement que moins de 1 pour cent dans une procédure précipitée de faillite. On peut soutenir que les banques estimaient qu'en engageant des poursuites judiciaires elles récupéreraient la totalité de leurs créances, pour autant qu'il soit jugé que Raytheon répondait des dettes de l'ELSI dont elle ne s'était pas portée caution. Mais, selon le droit italien de l'époque, un tel procès ne pouvait être gagné que s'il était démontré que Raytheon était le seul actionnaire de l'ELSI, ce qui n'avait jamais été le cas. Jusqu'à 1967, une part importante du capital était détenue par d'autres sociétés italiennes et, en 1967, quand Raytheon a racheté leurs actions, on a veillé à ce qu'une fraction du capital soit détenue non par Raytheon mais par une société, Machlett, qui appartenait elle-même à Raytheon. Dès lors l'issue des procès ne pouvait qu'apparaître problématique et, en fait, les banques n'ont pas réussi à obtenir que les tribunaux italiens déclarent que Raytheon répondait des dettes de l'ELSI.

L'arrêt de la Chambre conclut que « la réalisation » d'une liquidation

liquidation by ELSI "is purely a matter of speculation". I agree that an orderly liquidation would have been beset with uncertainties, but those uncertainties go not so much to ELSI's ability and entitlement to liquidate its assets as to the calculability of the damages which may be found to flow from the denial of that ability and entitlement by the requisition imposed upon ELSI.

In my view, it is unpersuasive for the Chamber to say, in effect, that ELSI would have gone into bankruptcy later if not sooner, and accordingly that the requisition did not matter. It is in this respect that I believe that the Chamber muddles what it finds to be the facts with time factors. At the time the requisition took place, it did matter, it did have the economic effects, or some of the economic effects, just described; and at the time it took place, it deprived Raytheon and Machlett of their right to control and manage and hence liquidate ELSI and it deprived ELSI of its right to be liquidated by a management responsible to Raytheon and Machlett. Accordingly the requisition placed Italy in violation of its obligation under Article III of the Treaty to permit Raytheon and Machlett to "control and manage" ELSI.

This conclusion is the more compelling when the meaning of the Treaty is interpreted in the light of the provisions and ratification processes set out in this opinion. Can it be said that the requisition, imposed as it was when it was, comported with the "full rights" of Raytheon and Machlett to "organize, direct and control" ELSI, that it comported with their "unobstructed control" and "maximum freedom of choice"? Was it consistent with "the principles of equitable treatment" which the Preamble to the Supplementary Agreement describes the Treaty as containing? Was the requisition consonant with assuring to Raytheon "the most liberal treatment practicable" in respect of the repatriation of its invested capital? Did it respect "the guaranty against political risks" which the Treaty as a whole was designed to provide? Not in my view.

#### THE ARBITRARY MEASURE OF REQUISITION

Was the measure of requisition imposed by the order of the Mayor of Palermo upon ELSI "arbitrary" as that term is found in Article I of the Treaty's Supplementary Agreement?

The Chamber rightly concludes that, even if the requisition did not prevent Raytheon and Machlett from exercising "their effective control and management" of an enterprise, ELSI, which they had been permitted to acquire in Italy (see proviso *(a)* of Art. I, quoted in para. 120 of the Judgment), and even if the requisition did not impair "their other legally acquired rights and interests" in ELSI (proviso *(b)*), the question remains: was the requisition arbitrary? In my view, for the reasons stated in the previous sections of this opinion, the requisition did prevent Raytheon and Machlett from exercising effective control and management of ELSI,

régulière par l'ELSI « est de l'ordre des pures spéculations ». Je reconnais qu'une liquidation régulière aurait été pleine d'incertitudes, mais celles-ci portaient moins sur le point de savoir si l'ELSI pouvait en fait et en droit liquider ses avoirs que sur la possibilité de calculer les préjudices qui ont pu résulter du fait que la réquisition imposée à l'ELSI l'en a empêchée.

La Chambre n'est pas convaincante, selon moi, quand elle déclare qu'en fait l'ELSI aurait fait faillite tôt ou tard et que, par conséquent, la réquisition importait peu. C'est là qu'à mon avis la Chambre confond ce qu'elle considère comme des faits avec des éléments temporels. Au moment où elle a eu lieu, la réquisition importait; elle a eu les effets économiques — ou certains des effets économiques — qui viennent d'être exposés; au moment où elle a eu lieu, elle a privé Raytheon et Machlett de leur droit de contrôler et gérer l'ELSI et, par suite, de liquider la société; elle a aussi privé l'ELSI de son droit d'être liquidée par une direction responsable devant Raytheon et Machlett. La réquisition, a donc fait violer à l'Italie l'obligation que lui imposait l'article III du traité de permettre à Raytheon et Machlett de « contrôler et gérer » l'ELSI.

Cette conclusion s'impose d'autant plus si l'on considère le sens du traité à la lumière des dispositions et des procédures de ratification mentionnées dans la présente opinion. Peut-on dire que la réquisition, vu le moment où elle a été imposée, permettait à Raytheon et Machlett d'avoir « pleinement le droit ... de constituer, de diriger et de contrôler » l'ELSI, qu'elle était compatible avec la faculté de « contrôler librement » l'entreprise et qu'elle assurait « la plus grande liberté de choix »? Était-elle conforme aux « principes de traitement équitable » qui, comme le dit l'accord complémentaire, sont énoncés dans le traité? La réquisition était-elle en harmonie avec l'engagement d'assurer à Raytheon « le traitement le plus libéral possible » pour le rapatriement des capitaux investis? Respectait-elle « la garantie contre les risques politiques » que le traité dans son ensemble avait pour objet d'assurer? A mon avis, non.

#### LA MESURE DE RÉQUISITION ARBITRAIRE

La mesure de réquisition imposée à l'ELSI par l'ordonnance du maire de Palerme était-elle « arbitraire » au sens où ce terme est employé à l'article premier de l'accord complétant le traité?

La Chambre conclut à juste titre que, même si la réquisition n'a pas empêché Raytheon et Machlett « de diriger et de gérer effectivement » une entreprise (l'ELSI) qu'elles avaient été autorisées à acquérir en Italie (voir la clause *a*) de l'article premier, citée au paragraphe 120 de l'arrêt) et même si elle n'a pas porté préjudice « aux autres droits et intérêts qu'[elles] ont légitimement acquis » dans l'ELSI (clause *b*)), la question demeure : la réquisition était-elle arbitraire? A mon avis, pour les raisons énoncées dans les sections précédentes de la présente opinion, la réquisition a réellement empêché Raytheon et Machlett de diriger et de gérer effectivement

and it did impair the legally acquired rights and interests of Raytheon and Machlett in ELSI. But even if, *arguendo*, the question of observance by Italy of its obligations under Article I is framed: "Was the measure of requisition imposed by the Mayor's order arbitrary?", that question is, it is believed, unpersuasively answered by the Chamber.

The Chamber acknowledges that the requisition was found to be improperly motivated by the Prefect of Palermo, and unlawful and indeed "a typical case of excess of power" by the Palermo Court of Appeal. It nevertheless concludes that, in these Italian administrative and judicial proceedings, the requisition was not held to be arbitrary, in terms or in substance. It further holds that, even if the requisition had been found in these municipal proceedings to have been arbitrary, that would not be determinative in international law: it would be no more than "a valuable indication". Still relying on its interpretation of what was held in Italian administrative and judicial proceedings, the Chamber holds that the requisition was not arbitrary in the international legal sense, because it was an act opposed to a rule of law rather than to the rule of law. It defines as arbitrariness a wilful disregard of due process of law; holds that the requisition was neither unreasonable nor capricious; and concludes that, since the Mayor's order was made in a context of an operating system of law and of remedies, it was not arbitrary.

The Chamber's reasoning thus turns on three propositions, all of which are in my view unfounded: first, that the Prefect and Palermo Court of Appeal did not find the requisition to be arbitrary; second, that the requisition, in international law, was neither unreasonable nor capricious; and third, that in any event the Italian processes of appeal and redress to which the order of requisition was subject ensured that the order was not arbitrary. These propositions will be considered in turn.

(i) *The rulings of the Prefect and the Court of Appeal*

The Chamber quotes from the Prefect's decision what it characterizes as "the principal passage which is relevant" in the following terms:

"There is no doubt that, even though, from the purely theoretical standpoint, the conditions of grave public necessity and of unforeseen urgency warranting adoption of the measure may be considered to exist in the case in point, the intended purpose of the requisition could not in practice be achieved by the order itself, since in fact there was no resumption of the company's activity following the requisition, nor could there have been such resumption. The order therefore lacks, generically, the juridical cause which might justify it and make it operative."

l'ELSI et elle a réellement porté préjudice aux droits et intérêts que ces sociétés avaient légitimement acquis dans l'ELSI. Mais j'estime que, même si la question du respect par l'Italie des obligations que lui impose l'article premier est formulée comme suit pour les besoins de l'argumentation : « la mesure de réquisition imposée par l'ordonnance du maire était-elle arbitraire ? », la Chambre y a répondu de façon peu convaincante.

La Chambre relève que le préfet de Palerme a déclaré la réquisition irrégulièrement motivée et que la cour d'appel de Palerme a jugé qu'elle était « illégitime » et qu'elle constituait même « un cas typique d'excès de pouvoir ». La Chambre conclut pourtant que, dans ces procédures administratives et judiciaires italiennes, la réquisition n'a pas été jugée arbitraire du point de vue de la forme ou du fond. Elle estime en outre que, même si la réquisition avait été jugée arbitraire dans le cadre de ces procédures internes, ce ne serait pas déterminant en droit international : il n'y aurait là qu'« une indication utile ». Continuant de se fonder sur son interprétation des décisions administratives et judiciaires italiennes, la Chambre déclare que la réquisition n'était pas arbitraire au sens du droit international, parce qu'il s'agit d'un acte qui s'oppose à une règle de droit et non au « règne de la loi ». Elle dit que l'arbitraire est la méconnaissance délibérée des procédures régulières et que la réquisition n'était ni déraisonnable ni capricieuse, pour conclure que, puisque l'ordonnance du maire a été prise dans le cadre d'un système de droit et de recours qui fonctionnait, elle n'est pas arbitraire.

Le raisonnement de la Chambre s'appuie donc sur trois propositions qui sont toutes mal fondées à mon avis : premièrement, que le préfet de Palerme et la cour d'appel de Palerme n'ont pas jugé que la réquisition était arbitraire ; deuxièmement, que la réquisition, en droit international, n'était ni déraisonnable ni capricieuse ; troisièmement, qu'en tout état de cause les voies de recours et de réparation qui sont prévues par le droit italien et auxquelles l'ordonnance de réquisition a été soumise ont garanti que l'ordonnance n'était pas arbitraire. J'examinerai ces propositions l'une après l'autre.

#### i) *Les décisions du préfet et de la cour d'appel*

La Chambre cite un passage de la décision du préfet dont elle dit qu'il est « le passage de la décision ... qui présente le plus d'importance ». Ce passage est ainsi libellé :

« Il n'y a pas de doute que, même si l'on peut considérer, de façon toute théorique, que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence qui ont déterminé l'adoption de cette mesure étaient réunies en l'espèce, l'objectif visé par la réquisition ne pouvait être réalisé en pratique par cette ordonnance, tant il est vrai qu'à la suite de la réquisition l'activité de l'entreprise n'a pas repris et n'aurait pas pu reprendre. D'une manière générale, il manque par conséquent dans l'ordonnance la cause juridique pouvant la justifier et la rendre opérante. »

It appears to conclude from this and other passages of the Prefect's decision that the Mayor's order of requisition was held by the Prefect to have been *intra vires*. What the Prefect held, however, was that the Mayor relied on provisions of law which, in conditions of grave public necessity and unforeseen urgency, entitle the Mayor to issue an order of requisition of private property; but in this case, the Prefect found, these conditions were present from "the purely theoretical standpoint", a finding which appears to mean that they were not actually present.

The Chamber reaches the opposite conclusion; quoting the foregoing passage of the Prefect's decision, it holds that the Prefect "did not find that those conditions were absent". In my opinion, the difficulty with the Chamber's conclusion is that — if one reads on — it emerges from the Prefect's decision that the conditions of grave public necessity and unforeseen urgency were indeed seen to be absent. The Prefect wrote: "Once the competence of the Mayor has been ascertained, it is necessary to ascertain whether in the situation there were the grounds for the exercise of the power." (Memorial of the United States, Annex 76, p. 10.) That statement is immediately followed by the quotation from the Prefect's decision which has just been reproduced. The Prefect's decision then continues:

"In fact, the Mayor believed to be able to face the situation existing in Raytheon-Elsi's plant by means of an order of requisition, clearly without taking into consideration the fact that the situation of the company — for functioning-economical reason and for reason of market — was such as not to permit the continuation of the activity, unless by means of interventions by the responsible organs directed to solve the financial and industrial problems of the company.

The requisition did not change anything in the situation of the company; this is proved by the fact that neither the stopped activity was resumed, nor, as a consequence of the order, more favorable conditions were created in the company. On the contrary, the situation of insolvency determined the declaration of bankruptcy of the company, with the consequence that the plant was taken away from the disposability of the Public Administration.

It is also important to emphasize that the plant, at the time of the declaration of bankruptcy, was not working and that the employees were staying therein to protest for the nonresumption of the activity and for dismissal of the whole personnel.

As far as the danger of 'unforeseeable acts of perturbation of the public order', that the Mayor wanted to avoid by means of the requisition, are concerned, the events subsequent to the requisition have clearly demonstrated the inefficacy of the measure; this is proved by the fact that the parades and demonstrations of protest followed one another, creating also a situation of perturbation of the public order,

La Chambre semble conclure de ce texte et d'autres passages de la décision du préfet que ce dernier a jugé que l'ordonnance de réquisition relevait des pouvoirs du maire. Or, ce que le préfet a jugé, c'est que le maire s'était fondé sur des dispositions légales qui, dans des conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence, autorisaient le maire à prendre une ordonnance de réquisition de biens privés; mais en l'occurrence le préfet a constaté que ces conditions étaient réunies «de façon toute théorique», conclusion qui semble vouloir dire qu'elles n'étaient pas réellement réunies.

La Chambre parvient à la conclusion inverse; citant le passage susmentionné de la décision du préfet, elle estime que ce dernier «n'a pas décidé que ces conditions n'étaient pas réunies». A mon avis, la difficulté soulevée par la conclusion de la Chambre est que, si on poursuit la lecture de la décision du préfet, on constate que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence ont en fait été considérées comme n'étant pas réunies. Le préfet a écrit: «Une fois la compétence du maire établie, il est nécessaire de déterminer si, dans la situation en question, il existait des motifs pour l'exercice du pouvoir.» (Mémoire des États-Unis, annexe 76, p. 10.) Cette phrase est immédiatement suivie du passage de la décision du préfet reproduite ci-dessus. Le préfet poursuit alors en ces termes:

« En fait, le maire croyait être en mesure de faire face à la situation qui existait dans l'usine Raytheon-Elsi au moyen d'une ordonnance de réquisition, manifestement rendue sans que soit pris en considération le fait que la situation de la société — pour des raisons économiques liées au fonctionnement et à la commercialisation — était telle qu'elle ne permettait pas de poursuivre l'activité, à moins d'interventions des organes responsables en vue de résoudre les problèmes financiers et industriels de la société.

La réquisition n'a rien changé à la situation de la société; cela ressort du fait que l'activité arrêtée n'a pas repris, non plus que des conditions plus favorables n'ont été créées pour la société à la suite de l'ordonnance. Au contraire, la situation d'insolvabilité a entraîné la déclaration de faillite de la société, ce qui a eu pour conséquence que la disposition de l'usine a été soustraite à l'administration publique.

Il est important aussi de souligner que l'usine, au moment de la déclaration de faillite, ne fonctionnait pas et que les employés s'y maintenaient pour protester contre le défaut de reprise de l'activité et le licenciement de tout le personnel.

En ce qui concerne le danger de «troubles imprévisibles de l'ordre public», que le maire souhaitait éviter au moyen de la réquisition, les événements qui ont suivi la réquisition ont clairement montré l'inefficacité de cette mesure; cela est prouvé par le fait que les défilés et les manifestations de protestations se suivaient, créant aussi une situation de nature à troubler l'ordre public, jusqu'au moment où les or-

until the situation was faced by responsible organs of the Government and, even though with the delays which are unfortunately inevitable, was drawn toward a solution.” (Memorial of the United States, Annex 76, pp. 11-12.)

That is to say, after having held that, “from the purely theoretical standpoint, the conditions of grave public necessity and of unforeseen urgency warranting adoption” of the order of requisition “may be considered to exist in the case in point”, the Prefect goes on to examine what was the case “in fact” and concludes (*a*) that the order of requisition could not restore ELSI’s plant to operation, that it could not solve the financial and industrial problems of the company; (*b*) the requisition order did not in fact cause the activities of the company which had been stopped to resume nor did it otherwise aid ELSI; (*c*) the plant remained closed and occupied by the former employees; and (*d*) public order was in any event disturbed, despite the requisition: in short, that the requisition order proved unjustified on all counts. What support do such holdings provide for the Chamber’s conclusion that the conditions of grave public necessity and unforeseen urgency were not found by the Prefect to have been “absent”?

More than this, the essential point of the passage of the Prefect’s holding which the Chamber quotes, and which is reproduced at the outset of this section of this opinion, is that the requisition could not achieve its intended purposes and therefore lacked justifying juridical cause. That is to say, the Prefect held that, since the order of requisition could not, was incapable of, achieving what it purported to achieve, it lacked the juridical motivation which might justify it and make it operative. That is not far from stating expressly that the requisition was ill-motivated and hence unreasonable or even capricious.

The Prefect’s decision continues, in one translation provided by the United States:

“We cannot refrain from stating that the order was issued — as it appears from the same order and as it has been observed by the appellant — also under the influence of the pressure created by, and of the remarks made by the local press; therefore we have to hold that the Mayor, also in order to get out of the above and to show the intent of the Public Administration to intervene in one way or another, issued the order of requisition as a measure mainly directed to emphasize his intent to face the problem in some way.”

The last phrase of the Prefect’s decision, as quoted in the judgment of the Court of Appeal of Palermo, is otherwise rendered in the translation of that judgment supplied by the United States: “the Mayor . . . resorted to requisition as a step aimed more than anything else at bringing out his intention to tackle the problem just the same”. The Prefect referred in this passage to the provision of the Mayor’s order which read:

ganes responsables de l'Etat ont fait face à la situation et l'ont orientée vers une solution, avec les retards malheureusement inévitables. » (Mémoire des Etats-Unis, annexe 76, p. 11-12).

Autrement dit, après avoir jugé que « l'on peut considérer, de façon toute théorique, que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence qui ont déterminé l'adoption de cette mesure étaient réunies en l'espèce », le préfet examine ce qu'était la « vraie » situation et conclut : *a*) que l'ordonnance de réquisition ne pouvait pas remettre en marche l'usine de l'ELSI, qu'elle ne pouvait résoudre les problèmes financiers et industriels de la société ; *b*) qu'en fait l'ordonnance de réquisition n'a pas eu pour effet que les activités de la société ont repris et qu'elle n'a pas autrement aidé l'ELSI ; *c*) que l'usine est restée fermée et a été occupée par ses anciens ouvriers et *d*) que l'ordre public était de toute façon troublé, indépendamment de la réquisition. En résumé, il conclut que l'ordonnance de réquisition s'est révélée injustifiée à tous égards. En quoi ces conclusions étaient-elles la conclusion de la Chambre suivant laquelle le préfet n'a pas décidé que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence « n'étaient pas réunies » ?

Qui plus est, ce qui est essentiel dans le passage de la décision du préfet cité par la Chambre et reproduit au début de la présente section, c'est que la réquisition ne pouvait réaliser l'objectif qu'elle visait et qu'elle était donc dépourvue de cause juridique la justifiant. Le préfet a donc décidé que, puisque l'ordonnance de réquisition ne pouvait pas réaliser l'objectif qu'elle était censée atteindre, il y manquait la motivation juridique pouvant la justifier et la rendre opérante, ce qui revient presque à dire expressément que la réquisition était mal motivée et par conséquent déraisonnable, voire capricieuse.

Le préfet a poursuivi comme suit (d'après la traduction ci-contre fournie par les Etats-Unis) :

« On ne peut passer sous silence le fait que l'ordonnance a été prise aussi — ainsi qu'il ressort de son texte même et que l'a fait observer le recourant — sous l'influence de la pression créée par la presse locale et des remarques qu'elle a formulées, si bien qu'il faut en conclure que le maire, désireux aussi de se tirer de cette situation et de montrer l'intention de l'administration d'intervenir d'une manière ou d'une autre, a pris l'ordonnance de réquisition comme mesure destinée principalement à faire ressortir son intention d'affronter le problème de quelque manière. »

Le dernier membre de phrase de la décision du préfet, tel qu'il est cité dans l'arrêt de la cour d'appel de Palerme, est rendu différemment dans la traduction de l'arrêt fournie par les Etats-Unis : « Le maire ... a eu recours à la réquisition essentiellement pour démontrer son intention de traiter le problème tout de même. » Dans ce passage, le préfet se référait aux lignes de l'ordonnance du maire qui sont ainsi libellées :

*“Considering also that the local press is taking a great interest in the situation and that the press is being very critical toward the authorities and is accusing them of indifference to this serious civic problem . . .”*

In respect of the foregoing passage, the following question was put to Italy in the course of the oral proceedings:

*“This holding of the Prefect appears to mean that the Mayor issued the order not for defensible juridical reasons but as a way of showing the public that he was doing something, whether that something was lawful or sensible or not: he issued the order ‘to show the intent of the Public Administration to intervene in one way or another’; the order was issued as a measure ‘mainly’ directed to ‘emphasize his intent’ to face the problem ‘in any way’. Now my question is this, is a measure taken by a public authority ‘to intervene in one way or another’ with a view not towards resolving a problem — and the Prefect held that the order could not resolve the problem — but in order to appease press and public criticism or win public favour ‘in any way’ an arbitrary measure?”*

Italy in part replied:

*“The answer is, that if the measure was taken solely “to intervene in one way or another” . . . with a view not towards resolving a problem . . . but in order to appease press and public criticism or to win public favour “in any way”, then it probably would have been an arbitrary measure.*

*But, if there were other substantial and sincere motivations behind the measure in addition to that of appeasing public opinion, i.e. ‘to protect general public interest . . . and public order’ it would then by no means have been an arbitrary measure.”*

This reply raises the question of whether a single, unseverable public act which in part has arbitrary elements and in part has not, is arbitrary, or whether an official act which is partially arbitrary in motivation (not to speak of implementation, as I shall), qualifies as arbitrary.

But what were the motivations of the order of requisition? Were they, as Italy claims, to protect the general public interest and public order? As just indicated, those claims apparently were not upheld by the Prefect. Apart from finding such factors to be present from “the purely theoretical standpoint”, his holding that the requisition order in fact neither promoted the public interest nor promoted the preservation of public order does not support the substantiality of these motivations.

It cannot be doubted that an essential purpose of the requisition was to prevent ELSI from dispersing and liquidating its assets. This was made

« *Considérant* aussi que la presse locale s'intéresse vivement à la situation et qu'elle est très critique à l'égard des autorités qu'elle accuse d'indifférence face à ce problème grave pour la collectivité... »

A propos de ces lignes, la question suivante a été posée à l'Italie au cours de la procédure orale :

« Cette déclaration du préfet semble signifier que le maire a pris l'ordonnance non pas pour des raisons juridiques défendables mais comme moyen de montrer à la population qu'il faisait quelque chose, que ce quelque chose fût légal et raisonnable ou non : il a pris son ordonnance pour « montrer l'intention de l'administration d'intervenir d'une manière ou d'une autre » ; l'ordonnance a été prise comme mesure destinée « principalement » à « faire ressortir son intention » d'affronter le problème « de quelque manière ». Voici ma question : une mesure prise par une autorité publique en vue « d'intervenir d'une manière ou d'une autre », non pas pour résoudre un problème — le préfet a déclaré que l'ordonnance ne pouvait pas résoudre le problème — mais pour apaiser la presse et faire taire les critiques de la population ou pour s'en attirer la sympathie, est-elle « de quelque manière » une mesure arbitraire ? »

L'Italie a notamment répondu en ces termes :

« La réponse est que, si la mesure a été prise seulement pour « intervenir d'une manière ou d'une autre ... non pas pour résoudre un problème ... mais pour apaiser la presse et faire taire les critiques de la population ou pour s'en attirer la sympathie » « de quelque manière », alors elle était probablement arbitraire.

Mais si, outre apaiser l'opinion publique, elle avait d'autres motivations sincères et importantes, à savoir « protéger l'intérêt public général ... et l'ordre public », elle n'est en aucune manière arbitraire. »

Cette réponse soulève la question de savoir si un acte unique et indivisible de l'administration, qui contient à la fois des éléments arbitraires et des éléments qui ne le sont pas, est arbitraire, ou si un acte officiel qui est partiellement arbitraire dans sa motivation (sans parler de son application, ce que je vais faire) peut être qualifié d'arbitraire.

Quels étaient donc les motivations de l'ordonnance de réquisition ? Étaient-elles, comme le soutient l'Italie, de protéger l'intérêt public général et l'ordre public ? Comme je viens de l'indiquer, le préfet n'a apparemment pas ajouté foi à ces dires. Outre qu'il a déclaré que ces facteurs étaient réunis « de façon toute théorique », il a conclu que l'ordonnance de réquisition n'a à vrai dire ni favorisé l'intérêt public ni favorisé la protection de l'ordre public, ce qui n'étaye pas ces motifs.

Il n'est pas douteux qu'un des buts essentiels de la réquisition était d'empêcher l'ELSI de disperser et de liquider ses avoirs. Cela ressort très

perfectly plain by the statements of the President of Sicily cited above (and see paras. 28 and 34 of the Chamber's Judgment) as well as the Mayor's letter of 9 May 1968 which is explicit in referring to the dangers of the "dismemberment" and "dismantlement" of ELSI. The requisition order may well also have been designed to give an understandably concerned and critical public opinion the impression that the Mayor was attempting "to do something", or, as the Prefect put it, "to intervene in one way or another" so as to show the Mayor's intent "to face the problem", to take "a step aimed more than anything else at bringing out his intention to tackle the problem just the same". But those are hardly justifications which show that the act was reasonable rather than unreasonable, judicious rather than capricious. To prevent ELSI from selling — and probably dispersing in places other than Palermo — its assets may have seemed justifiable to the Mayor, who, in taking this decision, gave no sign of being aware of the existence of any rights which ELSI enjoyed under the FCN Treaty. It was not, however, a measure which could re-open the plant, re-start full production, and put ELSI's former workforce back to work, nor was it a precondition of Sicily's continuing, as it did, to pay their salaries (as Italy expressly conceded). Particularly in the context of the Treaty rights and expectations set out in this opinion, can action designed to prevent ELSI from selling its assets and repatriating any resultant capital be seen as other than arbitrary? The Chamber rightly holds that the

"question of whether or not certain acts could constitute a breach of the treaty right to be permitted to control and manage, is one which must be appreciated in each case having regard to the meaning and purpose of the FCN Treaty".

Shall not what is "arbitrary" under the Treaty equally be considered in each case having regard to the meaning and purpose of the Treaty?

It is significant that the Court of Appeal of Palermo attached importance to the holding of the Prefect which appraised the Mayor's order as one which was responsive to press criticism and "mainly" intended to show his willingness to intervene "in one way or another". In characterizing that holding as "severe", and as "showing a typical case of excess of power" on the part of the Mayor "which . . . is a defect of legitimacy on the part of the administrative act", the Court of Appeal held:

"the Prefect's decree works *ex tunc* and not *ex nunc* and hence deprives the requisition of the assets of the appealing Company, as performed by the administration, of any justification, which is why, in any case, there arises the problem of the damages that the Company may have suffered as a result . . . it is quite evident that — when the

clairement des déclarations du président de la région sicilienne citées ci-dessus (voir aussi les paragraphes 28 et 34 de l'arrêt de la Chambre) et de la lettre du maire du 9 mai 1968 dans laquelle il est explicitement question des dangers de «démembrement» et de «démantèlement» de l'ELSI. Il se peut aussi que l'ordonnance de réquisition ait été destinée à donner à l'opinion publique, dont l'inquiétude et les critiques sont compréhensibles, l'impression que le maire tentait «de faire quelque chose», ou, comme le préfet l'a dit, «d'intervenir d'une manière ou d'une autre» de façon à montrer l'intention du maire «d'affronter le problème», de prendre «une mesure destinée principalement à faire ressortir son intention de traiter le problème tout de même». Mais ce ne sont guère des justifications qui montrent que l'acte était raisonnable et non déraisonnable, judicieux et non capricieux. Empêcher l'ELSI de vendre — et probablement de disperser ses avoirs en dehors de Palerme — peut avoir semblé justifié au maire qui, en prenant sa décision, n'a nullement montré qu'il était conscient de l'existence de droits dont l'ELSI jouissait en vertu du traité de 1948. Mais ce faisant le maire ne prenait pas une mesure qui pouvait permettre de rouvrir l'usine, d'assurer la reprise de l'ensemble de la production et de réembaucher les anciens ouvriers de l'ELSI, pas plus qu'il ne mettait comme condition préalable que la Sicile continue, comme elle l'a fait, à payer leurs salaires (comme l'Italie l'a expressément admis). Dans le cadre particulier des droits et expectatives découlant du traité, tels qu'ils sont exposés dans la présente opinion, une mesure destinée à empêcher l'ELSI de vendre ses avoirs et de rapatrier le produit de la vente peut-elle être considérée comme autre chose qu'arbitraire? La Chambre estime à juste titre que la

«question de savoir si certains actes pourraient ou non constituer une violation du droit conventionnel d'être autorisé à contrôler et à gérer est une question qui doit être examinée dans chaque cas compte tenu du sens et du but du traité de 1948».

Ce qui est «arbitraire au sens du traité ne doit-il pas être également examiné dans chaque cas compte tenu du sens et du but du traité?

Il est révélateur que la cour d'appel de Palerme ait attaché de l'importance au fait que le préfet avait considéré que l'ordonnance du maire répondait aux critiques de la presse et qu'elle était «principalement» destinée à montrer son désir d'intervenir «d'une manière ou d'une autre». La cour d'appel, qui a qualifié cette constatation de «sévère» et a dit que le préfet avait constaté «un cas typique d'excès de pouvoir» de la part du maire «qui ... constitue un vice de légitimité de l'acte administratif», a déclaré :

«l'arrêt du préfet prend effet *ex tunc* et non *ex nunc* et prive donc la réquisition des avoirs de la société appelante effectuée par l'administration de toute justification, raison pour laquelle se pose en tout cas le problème des dommages que la société peut avoir subis du fait de cette mesure ... il est bien évident que — lorsque le préfet affirme que

Prefect pointed out that ‘. . . the ultimate goal of the requisition could not have been attained in practice through the order itself’ and that ‘. . . the order generically lacks the juridical cause that could justify it or render it operative’ as was then amply demonstrated, concluding with the severe finding that ‘. . . the Mayor . . . resorted to requisition as a step aimed more than anything else at bringing out his intention to tackle the problem just the same’ — he is obviously showing a typical case of excess of power which, as we know, is a defect of legitimacy on the part of the administrative act . . .” (Memorial of the United States, Annex 81, pp. 13-14).

If a “typical case of excess of power” does not connote a classic case of an arbitrary act, what does?

The holding of the Court of Appeal is instructive in a further respect as well. The order of the Mayor concluded: “With a subsequent decree, the indemnification to be paid to said company for the requisition will be established.” As the Court of Appeal points out, such a subsequent decree never was issued by the Mayor; no compensation was offered to or paid over to ELSI for the requisition by the Italian administration. The Court of Appeal held that:

“Now, apart from the consideration that the failure to determine this indemnity (no authority has ever proceeded to do that although this should have been done before the requisition came to an end), by itself would have been enough to recognize the unlawfulness of the requisition . . . one cannot fail to stress the incongruity of denying the Company — which had been subjected to this unlawful requisition — an indemnity which most certainly it would have been awarded if this same action had been taken lawfully by the administration.” (*Ibid.*, p. 19.)

The Court is doubtless correct in holding that the Mayor’s failure to pay compensation for the requisition compounded its unlawfulness. But does not the Mayor’s failure to abide by his own decree suggest capriciousness in the process of requisition? It can hardly be seen as consistent with the due process which is the antithesis of what is arbitrary.

(ii) *The unreasonable and capricious nature of the requisition*

It has, it is believed, been shown in the foregoing section that the measure of requisition was unreasonable and capricious since, cumulatively:

- the legal bases on which the Mayor’s order relied were justified only in theory;
- the order was incapable of achieving its purported purposes;

« le but ultime de la réquisition n'aurait pu être atteint en pratique par le biais de cette ordonnance » et que « d'une manière générale, il manque par conséquent dans l'ordonnance la cause juridique pouvant la justifier ou la rendre opérante », comme cela a ensuite été amplement démontré, pour conclure par cette constatation sévère que « le maire ... a eu recours à la réquisition essentiellement pour démontrer sa volonté d'essayer de résoudre le problème » — il décrit manifestement un cas typique d'excès de pouvoir, excès qui, comme on le sait, constitue un vice de légitimité de l'acte administratif... » (mémoire des Etats-Unis, annexe 81, p. 13-14).

Si un « cas typique d'excès de pouvoir » n'est pas un cas classique d'acte arbitraire, qu'est-ce qui en est un ?

La conclusion de la cour d'appel est aussi instructive à un autre égard. L'ordonnance du maire se termine ainsi : « Un décret ultérieur fixera l'indemnité à verser à ladite société au titre de la réquisition. » Comme la cour d'appel le relève, aucun décret ultérieur n'a été pris par le maire ; aucune indemnisation n'a été offerte ou versée à l'ELSI pour la réquisition opérée par l'administration italienne. La cour d'appel a déclaré que :

« Or, en dehors du fait que l'absence de fixation de cette indemnité (aucune autorité n'a jamais procédé à cette détermination bien qu'on eût dû le faire avant que la réquisition ne prenne fin) aurait suffi à démontrer l'illégitimité de la réquisition ... on ne saurait manquer de souligner l'illogisme qu'il y a à refuser à la société — qui a fait l'objet de cette réquisition illégitime — un dédommagement qui lui aurait certainement été accordé si l'administration avait pris cette même mesure légitimement. » (*Ibid.*, p. 19.)

La cour d'appel a sans doute raison de considérer que le fait que le maire n'a pas versé d'indemnisation pour la réquisition a aggravé l'illégitimité de cette dernière. Mais le fait que le maire n'a pas respecté sa propre décision ne fait-il pas penser qu'il y a eu quelque chose de capricieux dans la procédure de réquisition ? Il est difficile de considérer ce fait comme compatible avec une procédure régulière, laquelle est l'antithèse de ce qui est arbitraire.

## ii) *Le caractère déraisonnable et capricieux de la réquisition*

Je pense avoir démontré, dans la section qui précède, que l'ordonnance de réquisition avait un caractère déraisonnable et capricieux, tout à la fois parce que :

- les bases légales sur lesquelles l'ordonnance du maire se fondait n'étaient justifiées qu'en théorie ;
- l'ordonnance était incapable de réaliser les buts qu'elle prétendait atteindre ;

- the order did not achieve its purported purposes;
- the order, issued, as it specified, "also" because "the local press is taking a very great interest in the situation and . . . the press is being very critical toward the authorities and is accusing them of indifference to this serious civic problem", was in part designed to give an impression of the Mayor confronting the problem "in one way or another", rather than prescribing a measure which could have been responsive to the problem;
- the order accordingly was not simply unlawful but "a typical case of excess of power";
- a paramount purpose of the requisition was to prevent the liquidation of ELSI's assets by ELSI, a purpose pursued without regard to treaty obligations of contrary tenor (and the Treaty's obligations, Italy maintains, bound it not only externally but were self-executing internally);
- the Mayor transgressed the terms of his own order by failing to issue a decree for indemnification for the requisition and by failing to offer or pay that indemnification.

By its nature, what is unreasonable or capricious is subject in a given instance to a range of appreciation; these are terms which, while having a sense in customary international law, have no invariable, plain meaning but which are capable of application only in the particular context of the facts of a case. Given the facts of this case, it is concluded, for the reasons stated, that the order of requisition as motivated, issued and implemented was unreasonable and capricious and hence arbitrary.

(iii) *The process of appeal does not necessarily render a measure otherwise arbitrary non-arbitrary*

The weightiest reason advanced by the Chamber in support of its conclusion that the requisition was not arbitrary may be that it was reviewed administratively and judicially. Those review processes in this case must enjoy every presumption of being objective, not only, if principally, because they were processes of the application of the law of Italy through Italian administrative and judicial procedures, but because, in the event, they manifested objectivity, ruling in favour of ELSI's interests in principle, even if in practice ELSI or its creditors gained little financial satisfaction from them. To be sure, the Prefect's decision was seriously and unjustifiably delayed, and that delay was materially prejudicial to the interests of ELSI and its creditors. Nevertheless it remains the fact that, in this case, Italian administrative and judicial processes functioned. There is attraction in the argument that, since ELSI or its representative (the trustee in bankruptcy) had access to processes of justice, and since the procedures and results of that process cannot be seen as tantamount to a denial of justice, that is the end of the matter, that, even if the order of

- l'ordonnance n'a pas réalisé les buts qu'elle prétendait atteindre;
- l'ordonnance, qui avait été prise, selon ses propres termes, «aussi» parce que «la presse locale s'intéresse vivement à la situation et qu'elle est très critique à l'égard des autorités qu'elle accuse d'indifférence face à ce problème grave pour la collectivité», était en partie destinée à donner l'impression que le maire tentait de traiter le problème «d'une manière ou d'une autre» et non qu'il prenait une mesure susceptible de résoudre le problème;
- en conséquence, l'ordonnance n'était pas seulement illégitime mais constituait «un cas typique d'excès de pouvoir»;
- l'un des buts essentiels de la réquisition était d'empêcher la liquidation par l'ELSI de ses avoirs, but qui faisait fi des obligations conventionnelles qui s'y opposaient (l'Italie a soutenu que les obligations découlant du traité de 1948 non seulement la liaient sur le plan externe mais qu'elles étaient d'application directe dans l'ordre interne);
- le maire a contrevenu aux termes de son ordonnance en ne prenant pas de décret pour fixer l'indemnité au titre de la réquisition et en n'offrant pas ou en ne versant pas cette indemnité.

De par sa nature, la notion de ce qui est déraisonnable ou capricieux se prête à toute une série d'appréciations dans un cas donné: ce sont des termes qui, quoique ayant un sens en droit international coutumier, n'ont pas une signification ordinaire et invariable et qui ne peuvent s'appliquer que dans le contexte particulier des faits d'une affaire. Etant donné les faits de la présente affaire, je conclus, pour les raisons que j'ai données, que l'ordonnance de réquisition, telle qu'elle a été motivée, prise et appliquée avait un caractère déraisonnable et capricieux et qu'elle était donc arbitraire.

iii) *L'exercice des voies de recours ne rend pas nécessairement non arbitraire une mesure qui était arbitraire*

Le plus important motif avancé par la Chambre pour conclure que la réquisition n'était pas arbitraire est peut-être que celle-ci a fait l'objet de recours administratifs et judiciaires. Il y a tout lieu de présumer que l'examen de ces recours a été objectif, non seulement — voire principalement — parce qu'il s'agissait de l'application du droit italien par des organes administratifs et judiciaires italiens, mais aussi parce que, en fait, ces organes ont fait preuve d'objectivité en se prononçant en principe en faveur des intérêts de l'ELSI, même si en pratique l'ELSI ou ses créanciers n'en n'ont que peu bénéficié sur le plan financier. Il est certain que la décision du préfet est intervenue avec un retard important et injustifiable, et ce retard a matériellement porté atteinte aux intérêts de l'ELSI et de ses créanciers. Il n'en demeure pas moins qu'en l'occurrence les procédures administratives et judiciaires italiennes ont fonctionné. Un argument est séduisant: celui selon lequel, puisque l'ELSI ou son représentant (le syndic de faillite) ont eu accès à la justice et puisque les procédures et l'issue des recours ne peuvent être considérées comme équivalant à un

requisition was arbitrary and hence initially engaged Italy's responsibility under the Treaty, that responsibility was never consummated by reason of the fact that, in the end, ELSI's case was dealt with by Italy's internal processes. Indeed, the conclusion that ELSI's case was dealt with is critical to the Chamber's conclusion in this case that the requirement of the exhaustion of local remedies was fulfilled.

Substantial as these considerations may be, I do not find them convincing, for reasons which are best explained in the light of the International Law Commission's proposals for codification of the law of State responsibility.

Articles 20 and 21 of the Commission's Draft Articles on State Responsibility provide as follows:

*“Article 20. Breach of an international obligation requiring the adoption of a particular course of conduct*

There is a breach by a State of an international obligation requiring it to adopt a particular course of conduct when the conduct of that State is not in conformity with that required of it by that obligation.

*Article 21. Breach of an international obligation requiring the achievement of a specified result*

1. There is a breach by a State of an international obligation requiring it to achieve, by means of its own choice, a specified result if, by the conduct adopted, the State does not achieve the result required of it by that obligation.

2. When the conduct of the State has created a situation not in conformity with the result required of it by an international obligation, but the obligation allows that this or an equivalent result may nevertheless be achieved by subsequent conduct of the State, there is a breach of the obligation only if the State also fails by its subsequent conduct to achieve the result required of it by that obligation.” (*Yearbook of the International Law Commission, 1977, Vol. II, Part Two, p. 11.*)

The Commentary to these articles explains that Article 20 concerns international obligations which require the State to perform or to refrain from a specifically determined action; these obligations are sometimes called obligations “of conduct” or obligations “of means”. Such obligations are to be contrasted with the obligations “of result” described in Article 21. What distinguishes the first type of obligation from the second is not that obligations “of conduct” or “of means” do not have a particular object or result, but that their object or result must be achieved through action, conduct or means “specifically determined” by the international obligation itself, which is not true of obligations “of result” (*ibid.*, pp. 13-14). If a State fails to perform or to refrain from a specifically

déni de justice, la question est ainsi réglée; à quoi il est ajouté que, même si l'ordonnance de réquisition était arbitraire et engageait donc initialement la responsabilité de l'Italie en vertu du traité, cette responsabilité n'a jamais été encourue puisque, en définitive, la cause de l'ELSI a été entendue par les juridictions internes italiennes. A vrai dire, la conclusion selon laquelle la cause de l'ELSI a été entendue est essentielle pour permettre à la Chambre de conclure en l'espèce que l'exigence de l'épuisement des recours internes a été satisfaite.

Quel que puisse être le poids de ces considérations, je ne les trouve pas convaincantes, pour des raisons dont le projet de codification du droit de la responsabilité des Etats rédigé par la Commission du droit international fournit la meilleure explication.

Les articles 20 et 21 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats adopté par la Commission disposent ce qui suit :

*« Article 20. — Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé »*

Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation.

*Article 21. — Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé*

1. Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation.

2. Lorsqu'un comportement de l'Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si l'Etat manque aussi par son comportement ultérieur à assurer le résultat requis de lui par cette obligation. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II, deuxième partie, p. 12.)

Il est expliqué, dans le commentaire relatif à ces articles, que l'article 20 vise des obligations internationales qui s'adressent à l'Etat pour requérir de lui qu'il exerce une activité spécifiquement déterminée ou qu'il s'en abstienne; ces obligations, est-il précisé, sont parfois qualifiées d'obligations «de comportement» ou «de moyens». Elles doivent être distinguées des obligations dites «de résultat» visées à l'article 21. Ce qui distingue le premier type d'obligations du second, ce n'est pas que les obligations «de comportement» ou «de moyens» ne visent pas un but ou un résultat donné, mais qu'un tel but ou résultat doit être atteint par des activités, comportements ou moyens «spécifiquement déterminés» par l'obligation internationale elle-même, ce qui n'est pas le cas pour les

determined action, that course of conduct of itself definitively gives rise to its international responsibility.

Is the obligation undertaken by the parties to the Supplementary Agreement not to subject corporations of either party to “arbitrary or discriminatory measures” within the territories of the other “resulting particularly in” — but not exclusively in — the detailed results set out in subparagraphs (a) and (b) of Article I an obligation of conduct or an obligation of result?

The particular objects of the obligation not to subject such corporations to arbitrary or discriminatory measures are very specifically set out. But the particular means of achieving these objects are not. Thus, in terms of the analysis of the Commission, the obligation of Article I would seem to be an obligation not of means but of result, as international treaty obligations concerning the protection of aliens and their interests normally are. Nevertheless, it does not follow in the current case that Italy is absolved of its arbitrary treatment of ELSI and the interests of its shareholders in ELSI by reason of the administrative and judicial proceedings which followed the requisition.

I so conclude because, to pursue the terminology of the Draft Articles of the Commission:

“There is a breach by a State of an international obligation requiring it to achieve, by means of its own choice, a specified result, if, by the conduct adopted, the State does not achieve the result required of it by that obligation.”

In the current case, Italy did not achieve the specified result, namely, relieving ELSI of the effects of the arbitrary measure of requisition. It did not achieve the specified result in general, or in respect of the very particular objects set out in subparagraphs (a) and (b) of Article I.

The Commission’s Draft Articles indicate that it is not enough for the offending action of a State to be reviewed administratively and judicially. That action must be fully corrected, “the result required” must “be achieved”. Can it be maintained that the measure of requisition imposed upon ELSI was fully corrected by Italian administrative and judicial proceedings, that the object of not subjecting ELSI to such an arbitrary measure was subsequently though not initially achieved?

The Prefect annulled the order of requisition. But the Prefect did not do so for some 16 months after its imposition. Italy in effect has maintained that it is normal for a Prefect not to open his “in” box for 16 months, that ELSI did not stamp its appeal “urgent”, and that there is a process to activate an inactive Prefect which ELSI did not pursue. I share the Chamber’s view that these arguments are unpersuasive. There was no convincing demonstration that such lassitude was the norm; evidence of orders of req-

obligations dites « de résultat » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II, deuxième partie, p. 15). Si un Etat n'exerce pas une activité spécifiquement déterminée ou s'il s'en abstient, ce comportement suffit sans aucun doute à faire naître la responsabilité internationale de cet Etat.

L'obligation, assumée par chacune des parties à l'accord complémentaire, de ne pas soumettre sur son territoire les sociétés de l'autre partie à des « mesures arbitraires ou discriminatoires » « ayant notamment pour effet » — mais non exclusivement — les résultats détaillés énoncés aux clauses *a)* et *b)* de l'article premier est-elle une obligation de comportement ou une obligation de résultat ?

Les objectifs particuliers de l'obligation de ne pas soumettre ces sociétés à des mesures arbitraires ou discriminatoires sont énoncés de façon très précise. Mais les moyens particuliers d'atteindre ces objectifs ne le sont pas. D'après le commentaire de la Commission, l'obligation imposée par l'article premier semble être une obligation non de moyens mais de résultat, comme le sont normalement les obligations conventionnelles internationales relatives à la protection des étrangers et de leurs intérêts. Il n'en découle cependant pas qu'en l'espèce l'Italie ne répond pas de la façon arbitraire dont elle a traité l'ELSI et les intérêts de ses actionnaires dans l'ELSI en raison des procédures administratives et judiciaires qui ont suivi la réquisition.

Telle est ma conclusion puisque, pour reprendre les termes du projet d'articles de la Commission :

« Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation. »

En l'espèce, l'Italie n'a pas assuré le résultat déterminé, à savoir soustraire l'ELSI aux effets de la mesure arbitraire de réquisition. Elle n'a pas assuré ce résultat, ni de façon générale ni du point de vue des objectifs très précis énoncés aux clauses *a)* et *b)* de l'article premier.

Le projet d'articles de la Commission indique qu'il ne suffit pas que l'action dommageable de l'Etat soit soumise aux juridictions administratives et judiciaires. Il faut y remédier entièrement : « le résultat requis » doit être « assuré ». Peut-on dire que les recours administratifs et judiciaires italiens ont entièrement remédié à la réquisition imposée à l'ELSI, que l'objectif, qui était de ne pas soumettre l'ELSI à une telle mesure arbitraire et qui n'a pas été atteint initialement, l'a été par la suite ?

Le préfet a annulé l'ordonnance de réquisition, mais près de seize mois après qu'elle eut été prise. L'Italie a bien soutenu qu'il est normal que des dossiers d'un préfet restent en souffrance pendant seize mois, que l'ELSI n'avait pas apposé le timbre « urgent » sur son recours et qu'il existait une procédure, que l'ELSI n'a pas employée, pour faire pression sur un préfet inactif, mais j'estime comme la Chambre que ces arguments ne sont pas convaincants. Il n'a pas été démontré de façon convaincante qu'une telle

quisition being overturned in days, not months, was introduced. ELSI's appeal was instinct with urgency, by its nature; and ELSI's situation and position, a principal pre-occupation of the local public and press, must have been known to the Prefect of Palermo. By the statutory time at which the Prefect could have been activated, ELSI was in bankruptcy and no longer able to invoke that procedure.

The Prefect's decision was important for the reasons which appear in the Chamber's Judgment and this opinion. But coming as late as it did, it could not and did not provide the result which Italy's obligation not to subject ELSI to arbitrary measures was designed to achieve. By the time 16 months had elapsed, ELSI had long since been effectively barred from collecting 100 per cent of its accounts receivable, receiving cash-flow support from Raytheon, completing work-in-progress and selling that work and inventory, and soliciting the sale of and showing and selling off its plant and equipment with a professional knowledge of its assets and their attraction to buyers which a trustee in bankruptcy could not be expected to possess. The Prefect would have had to have acted almost immediately — as other Prefects in some other requisition cases had been shown to have acted — if the requisition was to have been lifted before ELSI was forced into bankruptcy. But he did not, and, in the light of the predictions or threats made to ELSI and Raytheon by the President of Sicily (see para. 34 of the Chamber's Judgment), ELSI may have had scant reason to be confident that he would.

The Commentary of the International Law Commission cites a case in which it has been held that "the required result could be regarded as frustrated as soon as the law authorizing expropriation was enacted" because "the enactment of the law seriously reduced the commercial value of the foreigner's property" (*loc. cit.*, p. 26). In the light of the effects just recounted of the requisition on ELSI's situation, may it not similarly be concluded that the required result of holding ELSI free of arbitrary measures could be regarded as definitively frustrated as soon as the order of requisition was applied to it because its application "seriously reduced the commercial value" of Raytheon's interests in ELSI? The Commentary makes clear that, in order for a State to be absolved of a breach of an international obligation of result, of a breach which has begun or only been adumbrated, the required result must not have become "finally unattainable in fact by reason of that action or omission" which is provisionally in breach (*ibid.*, p. 28). For the reasons just set out, it may be doubted whether the result of making ELSI whole, of fully removing the effects of the requisition, was in fact feasible.

inertie était normale; on a produit la preuve que des ordonnances de réquisition avaient été rapportées dans un délai de quelques jours, et non de quelques mois. De par sa nature, le recours introduit par l'ELSI portait la marque de l'urgence; la situation de l'ELSI, qui préoccupait vivement la population et la presse locales, devait être connue du préfet de Palerme. Au moment où le préfet aurait pu être légalement mis en demeure de se prononcer, l'ELSI avait fait faillite et ne pouvait plus invoquer cette procédure.

Pour les motifs exposés dans l'arrêt de la Chambre et dans la présente opinion, la décision du préfet était importante. Mais, tardive comme elle était, elle ne pouvait avoir et elle n'a pas eu le résultat que l'obligation assumée par l'Italie de ne pas soumettre l'ELSI à des mesures arbitraires était destinée à avoir. Seize mois s'étaient écoulés et l'ELSI avait depuis longtemps été mise dans l'impossibilité matérielle de percevoir l'intégralité de ses effets à recouvrer, de recevoir de Raytheon un appui en liquidités, d'achever les fabrications en cours et de vendre ces fabrications et les stocks; elle n'avait pu ni mettre en vente, ni faire visiter et vendre son usine et l'équipement, elle qui était bien placée pour savoir en quoi consistaient ses avoirs et quel intérêt ils présentaient pour des acheteurs, ce qu'un syndic de faillite n'était pas censé savoir. Pour que la réquisition soit levée avant que l'ELSI ne soit acculée à la faillite, il aurait fallu que le préfet agisse presque immédiatement, comme il a été démontré que d'autres préfets l'ont fait pour d'autres réquisitions. Mais le préfet ne l'a pas fait et, compte tenu des prédictions du président de la région sicilienne ou de ses menaces contre l'ELSI et Raytheon (voir le paragraphe 34 de l'arrêt de la Chambre), il se peut que l'ELSI n'ait guère eu de raisons de penser qu'il le ferait.

Dans son commentaire, la Commission du droit international cite un cas dans lequel il a été jugé que « le résultat requis pourrait être considéré comme manqué dès l'adoption de la loi autorisant l'expropriation » étant donné qu'à la suite de « l'adoption de cette loi, la valeur commerciale des biens de l'étranger se trouverait gravement touchée » (*loc. cit.*, p. 27). Au vu des effets de la réquisition sur la situation de l'ELSI, qui viennent d'être exposés, ne pourrait-on pas conclure de même que le résultat requis de l'obligation d'épargner à l'ELSI des mesures arbitraires pourrait être considéré comme définitivement manqué dès que l'ordonnance de réquisition lui a été appliquée, étant donné qu'à la suite de son application « la valeur commerciale » des intérêts de Raytheon dans l'ELSI a été « gravement touchée »? Il ressort clairement dudit commentaire que, pour qu'un Etat ne réponde pas d'une violation d'une obligation internationale de résultat, ou d'une violation qui a débuté ou n'a seulement été qu'ébauchée, il faut que le résultat exigé ne soit pas devenu « en fait définitivement irréalisable à la suite de l'action ou de l'omission mentionnée » qui constitue provisoirement une violation (*ibid.*, p. 30). Pour les raisons qui viennent d'être exposées, on peut douter qu'il ait été matériellement possible d'assurer réparation à l'ELSI et d'éliminer entièrement les effets de la réquisition.

In order for the obligation of result to be met in the current case, Italian administrative or judicial recourse would, in the Commission's words, have had "fully to achieve the required result by new conduct which eliminates entirely and *ab initio* the incompatible situation created by its previous conduct" (*loc. cit.*, p. 28). Alternatively, it could furnish an equivalent result, as by rendering "full and complete compensation" for the breach (*ibid.*, p. 29). It remains to be considered whether the judgments of the Court of Palermo or the Court of Appeal of Palermo provided full and complete compensation.

In the proceedings before the Court of Palermo, the trustee in bankruptcy maintained that ELSI had been obliged to file for bankruptcy by reason of the situation created by the order of requisition; that, even after bankruptcy had been declared, the trustee could not take possession of the plant and equipment due to the order which remained in effect until 30 September 1968, which caused "unimaginable damages for the bankrupt company and, therefore, for the creditors"; that the order of requisition had been declared illegal by the Prefect; and that the Ministry of Interior and the Mayor of Palermo should be condemned to pay damages to the bankrupt estate of ELSI due to the illegal occupation of the plant. Such damages were claimed to be the considerable decrease in the value of the plant and its equipment which resulted from the difference between book value as of the date of the bankruptcy and the evaluation of the plant and equipment made by the court appraiser immediately after the six-month period of requisition had elapsed, i.e., 2,395,561,600 lire plus interest.

The Court of Palermo, after examining evidence of the financial condition of ELSI on the eve of the requisition, and observing that by that date ELSI's plant was for all practical purposes no longer in operation, concluded that the connection between the company's bankruptcy and the requisition was unfounded. It rejected the claim that damage was evidenced by the difference in evaluations described, or arose from the lack of access to the plant for the period of the requisition, since the bankruptcy was due to other, much more relevant causes; the evaluations on the credit side of the balance sheet were "relative"; and it was not proved that any damage flowed from lack of access to the plant by the trustee or from the occupation of the plant by workers or from negligent custody of the plant. That is to say, the Court of Palermo provided no compensation whatever for the requisition, because of its finding that it caused no damage whatever to ELSI.

The substantial judgment of the Court of Appeal of Palermo has been largely dealt with by the Chamber's Judgment and in this opinion. On the question of damages, the Court held that:

"as regards the damages consisting in the fact that the order triggered the Company's bankruptcy, the negative conclusion arrived at by the

Pour que l'obligation de résultat soit exécutée en l'espèce, il aurait fallu que les recours administratifs ou judiciaires aient, selon les termes de la Commission, «réalisé pleinement, par un nouveau comportement, le résultat [que l'Etat] est tenu d'atteindre, en éliminant entièrement et *ab initio* la situation incompatible créée par le comportement précédent» (*loc. cit.*, p. 30), cet Etat pouvant aussi obtenir un résultat équivalent, par exemple en assurant «pleine et entière réparation» à la suite de la violation (*ibid.*). Il reste à voir si les décisions du tribunal de Palerme ou de la cour d'appel de Palerme ont assuré pleine et entière réparation.

Dans l'instance introduite devant le tribunal de Palerme, le syndic de faillite a soutenu que l'ELSI avait été obligée de demander sa mise en faillite en raison de la situation créée par l'ordonnance de réquisition; que même après que la faillite eut été déclarée, le syndic n'avait pas pu prendre possession de l'usine et de l'équipement en raison de l'ordonnance qui est restée en vigueur jusqu'au 30 septembre 1968, causant «un tort inimaginable à la société en faillite et, par voie de conséquence, aux créanciers»; que l'ordonnance de réquisition avait été déclarée illégale par le préfet; et que le ministère de l'intérieur et le maire de Palerme devaient être condamnés à verser des dommages et intérêts à la masse de la faillite de l'ELSI en raison de l'occupation illégale de l'établissement. Il a été soutenu que ces dommages et intérêts étaient constitués par la diminution considérable de la valeur de l'usine et de son équipement, diminution résultant de la différence entre la valeur comptable à la date de la faillite et l'évaluation de l'usine et de l'équipement faite par le commissaire priseur du tribunal immédiatement après l'expiration de la période de six mois de réquisition, soit un montant de 2 395 561 600 liras, augmenté des intérêts.

Le tribunal de Palerme, après avoir examiné les preuves relatives à la situation financière de l'ELSI à la veille de la réquisition et avoir relevé qu'à cette date l'usine de l'ELSI n'était pratiquement plus en service, a conclu qu'on n'était pas fondé à établir un lien entre la faillite de la société et la réquisition. Il a rejeté l'argument selon lequel les dommages seraient prouvés par la différence entre les valeurs attribuées ou qu'ils résultaient du fait que l'usine n'était pas accessible pendant la période de la réquisition, la faillite ayant des causes bien différentes et beaucoup plus importantes; il a ajouté que les estimations figurant à l'actif du bilan étaient «relatives» et qu'il n'avait pas été prouvé que les dommages subis étaient attribuables soit au fait que le syndic n'avait pas pu accéder à l'usine soit à l'occupation de l'usine par les travailleurs ou à un défaut de surveillance de l'usine. Ce qui veut dire que le tribunal de Palerme n'a accordé aucune indemnisation pour la réquisition, ayant conclu que celle-ci n'avait causé aucun dommage à l'ELSI.

L'important arrêt de la cour d'appel de Palerme a été analysé de façon approfondie dans l'arrêt de la Chambre et dans la présente opinion. Sur la question des dommages et intérêts, la cour d'appel a jugé que :

«en ce qui concerne les dommages consistant dans le fait que l'ordonnance a provoqué la faillite de la société, la conclusion négative

Court [of Palermo] is amply and convincingly motivated . . . in any case . . . there is no proof whatsoever as to the damages incurred from that viewpoint”.

The Court of Appeal attributed decisive effect to what it found to be the prior insolvency of ELSI and held that “it is then certain that the damages” claimed, since “they are connected to the bankruptcy”, could not be considered to exist. There was no proof of the reliability of the figures shown in the balance sheet, nor proof that the reduction in value claimed by the trustee was caused by the requisition. No expert could, in 1974, establish the actual value of the plant and equipment on the date of the order of requisition.

Nevertheless, as noted above, the Court of Appeal found the appeal to be justified “as regards the damages derivable from the operational unavailability of the installation, plant, and equipment which are the subject of the requisition order . . .”. It held that it was indisputable that, if the order of requisition had been lawful, it would have required the payment of an indemnity; it was the more incongruous not to pay an indemnity for an unlawful takeover. Deprivation of the enjoyment of an asset is an economic sacrifice which entails indemnification if lawfully carried out, and restitution of damage is required when it is unlawful. The requisitioning authority was responsible at least for the payment of the economic value of its possession of the requisitioned property. Moreover, “the delay in the process of taking possession by the receivers delayed the liquidation operations and hence the realization of the value of the requisitioned property to the evident damage” of the bankruptcy assets. The Court, “in the absence of proof as to any greater damage”, equated damage to the amount of the interest at the rate of 5 per cent per year on the value of the requisitioned property, as that value had been determined by the evaluator appointed by the trustee, a sum which came to 114,014,711 lire, plus interest to run from the date on which the requisition expired.

May the measure and amount of compensation awarded by the Court of Appeal of Palermo be viewed as “full and complete compensation” which provides an equivalent result to ELSI’s never having been requisitioned? Surely not. Whether or not the requisition was the cause of ELSI’s bankruptcy — indeed, accepting that it was not “the” cause — the requisition inflicted uncompensated damage upon ELSI and its creditors, including (a) ELSI’s practical inability to sell its accounts receivable for 100 per cent of their face value; (b) ELSI’s actual inability to complete its work-in-progress and sell that work and its inventory for their value (in the event, work-in-progress was sold for materially less than its appraised value); and (c) ELSI’s actual inability to arrange the showing and sale of its plant, product lines and equipment and its inability to bring to bear its knowledge of its assets and of the industry so as to raise the maximum return from the sale of those assets (including intangible assets).

à laquelle est parvenu le tribunal [de Palerme] est amplement motivée de façon convaincante ... en tout cas ... il n'y a aucune preuve que de tels dommages aient été subis à cet égard».

La cour d'appel a attribué un effet déterminant à ce qu'elle a considéré comme l'état d'insolvabilité antérieur de l'ELSI et elle a jugé qu'«il est donc certain» qu'on ne saurait considérer qu'il puisse y avoir des «dommages et intérêts puisque les dommages sont liés à la faillite». Rien ne prouvait la fiabilité des chiffres figurant au bilan, ni que la dépréciation invoquée par le syndic avait été causée par la réquisition. Aucun expert ne pouvait, en 1974, établir la valeur réelle de l'usine et de l'équipement à la date de l'ordonnance de réquisition.

Comme je l'ai relevé plus haut, la cour d'appel a néanmoins jugé que l'appel était justifié «en ce qui concerne les dommages découlant de l'impossibilité d'utiliser l'usine, les installations et l'équipement qui ont fait l'objet de l'ordonnance de réquisition...» Elle a jugé qu'il était incontestable que, si l'ordonnance de réquisition avait été légale, elle aurait nécessité le versement d'une indemnité et qu'il était d'autant plus illogique de ne pas verser une indemnité pour une réquisition illégale. La privation de la jouissance d'un bien constitue un sacrifice économique qui implique le versement d'une indemnisation si elle est effectuée légalement, et une compensation des dommages est requise lorsqu'elle est illégale. L'autorité ayant opéré la réquisition se devait au moins de payer la valeur économique de la possession qu'elle avait des biens réquisitionnés. De surcroît, «le fait que le syndic a pris possession tardivement a retardé toutes les opérations de liquidation et, partant, la réalisation des biens réquisitionnés, ce qui a entraîné un dommage évident» pour la masse des créanciers. La cour d'appel, «en l'absence de preuves de dommages plus importants», a assimilé le dommage à un intérêt de 5 pour cent par an sur la valeur de la propriété réquisitionnée, telle que cette valeur avait été fixée par l'expert nommé par le syndic, soit une somme qui s'est élevée à 114 014 711 liras, plus les intérêts à compter de la date à laquelle la réquisition a pris fin.

Le montant de l'indemnité accordée par la cour d'appel de Palerme et sa mesure peuvent-ils être considérés comme assurant une «pleine et entière réparation», aboutissant au même résultat que si l'ELSI n'avait jamais été réquisitionnée? Sûrement pas. Que la réquisition ait été ou non à l'origine de la faillite de l'ELSI — et même en admettant qu'elle n'en ait pas été «la» cause — la réquisition a fait subir à l'ELSI et à ses créanciers un préjudice non réparé, qui comprend: a) le fait que l'ELSI n'a pas été à même de céder ses créances à recouvrer à 100 pour cent de leur valeur nominale; b) le fait que l'ELSI n'a pas été à même d'achever les fabrications en cours et de les vendre, ainsi que ses stocks, à leur valeur (en fait, les fabrications en cours ont été vendues à un prix sensiblement inférieur à la valeur à laquelle elles avaient été estimées); et c) le fait que l'ELSI n'a pas été à même de prendre des dispositions pour faire visiter et vendre son usine, ses lignes de production et son équipement et le fait qu'elle n'a pas

It cannot be supposed that the sale of the company's assets in bankruptcy proceedings could have realized the full value of ELSI's assets. That would have been unlikely in any bankruptcy sale; it is the less likely to have been the case in the circumstances of the sale as it eventually took place. For the reasons just stated, the amount awarded by the Court of Appeal of Palermo cannot have filled the large gap between the amount realized in the bankruptcy proceedings and the value of ELSI's assets.

It may of course be maintained that, even in the absence of the requisition, ELSI would have gone bankrupt. That indeed is the essential conclusion of the Italian courts and of this Chamber. But this conclusion does not take account of the fact — or of what is believed to have been shown in this opinion to be the fact — that, if the requisition had not been imposed when it was imposed, ELSI would have been enabled to realize materially more from its assets than in fact was realized, even if, at some point, ELSI might have been obliged to go into bankruptcy.

It accordingly follows that ELSI was not placed in the position it would have been in had there been no requisition. The equivalent result was not attained by Italian administrative and judicial processes, however estimable they were. Thus, in my view, those processes do not absolve Italy of having committed an arbitrary act within the meaning of the Treaty's Supplementary Agreement.

*(Signed)* Stephen M. SCHWEBEL.

---

pu, elle qui savait en quoi consistaient ses biens et connaissait cette branche d'activité, tirer le maximum de la vente de ces avoirs (et des avoirs incorporels). On ne peut imaginer que le produit de la vente des biens de la société dans une procédure de faillite puisse avoir atteint la valeur totale du patrimoine de l'ELSI. Cela aurait été improbable s'agissant d'une vente organisée dans le cadre d'une faillite; et il est encore moins probable que cela ait pu être le cas dans les circonstances dans lesquelles la vente a finalement eu lieu. Pour les raisons que je viens d'exposer, le montant accordé par la cour d'appel de Palerme ne peut avoir comblé la grande différence entre le produit de la vente organisée dans la procédure de faillite et la valeur des avoirs de l'ELSI.

On peut certes soutenir que, même en l'absence de réquisition, l'ELSI aurait fait faillite. Telle est d'ailleurs la conclusion essentielle des juridictions italiennes et de la Chambre. Mais cette conclusion ne tient pas compte du fait — j'espère avoir démontré dans la présente opinion que c'est un fait — que, si la réquisition n'avait pas été imposée au moment où elle l'a été, l'ELSI aurait été à même d'obtenir une somme sensiblement plus élevée de ses avoirs que ce qui a en fait été obtenu, même si, à un moment donné, l'ELSI aurait pu être acculée à la faillite.

Il s'ensuit que l'ELSI n'a pas été placée dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'y avait pas eu de réquisition. Le résultat équivalent n'a pas été assuré par les procédures administratives et judiciaires italiennes, si dignes d'estime soient-elles, si bien qu'à mon avis l'Italie reste coupable d'avoir commis un acte arbitraire au sens de l'accord complétant le traité.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.

---