

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

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

« 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

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

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 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

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

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^{er} 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-

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^{er} 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

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-

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^{er} 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

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^{er} 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

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

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

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

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. »

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-

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 :

« *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

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

« 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 ;

- 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

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

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

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.

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

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 a 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

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.
